



المكتبة القانونية

السكوت وأثره على الأحكام
فى الفقه الإسلامى

الدكتور
رمزى محمد على دراز
قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٤

دار الجامعة الجديدة للنشر 
٣٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

السكوت وأثره على الأحكام
فى الفقه الإسلامى

السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامى

الدكتور
رمزى محمد على دراز
قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٤

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها الذين ءامنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حليم " .

[المائدة / ١٠١]

قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رخصة لكم ليس بنسيان فلا تبحثوا عنها " .

البيهقي ـ السنن الكبرى ـ جـ ١٠ /١٢

وقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليسكت " .

ابن حجر ـ فتح الباري ـ جـ ١١ / ٣٦٣

صحيح مسلم جـ ١ / ٦٨



المقدمة

ــ الحمد لله الذى خلق الإنسان وعلمه البيان، نحمده ونستعينه، ونؤمن به، ونستغفره ونشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وان محمداً عبده ورسوله اللهم صلِّ وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ، وارض اللهم عن فقهاء الشريعة الإسلامية الذين وضعوا لنا من القواعد ما يعيننا على ضبط الفروع، وبيان حكم كل ما هو مستحدث، فتركوا لنا ثروة فقهية تشكل منهاجاً يهيمن على أفعال العباد، ويضبط سلوكهم فى العبادات والمعاملات والجنايات والحدود وغيرها، ويضمن سعادتهم فى الدارين.

وبعد،

فإن الله تعالى أمد الإنسان بنعمة اللسان وجعله آلة إفصاحه وبيانه لما فى نفسه من معانٍ وإرادات، وفى ذلك يقول الإمام ابن القيم ــ رحمه الله ــ : " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما فى نفوسهم .. فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده ، وما فى نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً.. فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة "(١). فالأصل أن يتم البيان والتعبير عن الإرادة بالنطق باللسان.

وينوب عن اللسان فى القيام بمهمة البيان الكتابة أو الإشارة أو أى فعل يدل على حقيقة المراد.

فإن لم يكن ثمة تعبير باللسان أو ما ينوب عنه من كتابة أو إشارة أو غيرهما والتزم الإنسان السكوت، ثار عندئذ تساؤل عن مدى صلاحية هذا السكوت للتعبير عن الإرادة.

وفى هذا الصدد صاغ الفقهاء المسلمون الأقدمون قاعدة فقهية شهيرة تقرر أنه : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

---

(١) ابن القيم ــ إعلام الموقعين عن رب العالمين ــ مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون ــ سنة ١٩٨٦ م ــ جـ ٣ ص ١٠٥.

وقد تولت هذه القاعدة الإجابة عن هذا التساؤل الذى ثار بصدد دلالة السكوت على الإرادة، حيث قررت أن الأصل فى دلالة السكوت انه لا يعد دليلا على الإرادة ولكنه قد يكون كذلك إن دعت الحاجة إليه بدليل من نص أو قرينة أى دلالة حال.

وقد دفعتني هذه القاعدة التى تتناول السكوت إلى اختيار موضوع يوضح أثر السكوت على الأحكام الشرعية من خلال شرح هذه القاعدة وبيان مقصد الفقهاء منها ومن ثم جاء اختياري لموضوع : " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامي " لأتناوله بالبحث من خلال هذه الدراسة ، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فقد دعاني إلى اختيار هذا الموضوع ما يتمتع به من أهمية بالغة لها أثرها الواضح على العديد من الأحكام الشرعية فى مجالات الفقه الإسلامي المختلفة كالعبادات والمعاملات، وغيرها من أبواب الفقه الإسلامي، وإنما ترجع هذه الأهمية إلى اتصاله بالإرادة ودورها فى العقود والتصرفات كافة، ولذا فإن هذا الموضوع يتسع نطاقه ـ العملي الذى يؤثر فيه ـ ليشمل كل موقف يراد التعرف فيه على الإرادة ووجهتها .

كما أردت باختياري لهذا الموضوع أن أسهم ـ قدر استطاعتي ـ مع أساتذتنا الأجلاء الذين سبقوني فى تناوله بالبحث والدراسة[١] فى استجلاء حقيقة السكوت ومدى دلالته على الإرادة، ومن ثم أثره على الأحكام الشرعية المتعلقة بذلك.

وقد اتبعت فى هذه الدراسة المنهج التأصيلي التحليلي ، حيث تناولت موضوع : " **السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامي** " من خلال قاعدة : " **لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان** " انطلاقا من أن السكوت له مداخل كثيرة فى أبواب الفقه الإسلامي المختلفة، وخاصة فى مجال التعبير عن الإرادة فى

---

(١) لقد سبقني بالكتابة فى هذا الموضوع ـ على نحو متخصص ـ أستاذنا الدكتور/ رمضان على السيد الشرنباصي فى بحث بعنوان : " السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية " ، أستاذنا الدكتور : عبد الرازق حسن فرج فى بحث بعنوان : " دور السكوت فى التصرفات القانونية " ، دكتور : عبد القادر محمد قحطان فى بحث بعنوان : " السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات " هذا بالإضافة إلى بعض الدراسات الأخرى التى تناولت هذا الموضوع تناولا عاما فى إطار دراسة وسائل التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي وفقهه ، ولقد أفادتني هذه الدراسات كثيرا فى بحثي، غير أننى عالجت هذا الموضوع بشكل تأصيلي من خلال القاعدة الفقهية : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " على نحو ما سنراه فى تلك الدراسة.

صورها المتعددة، ومن الصعوبة بمكان وضع حكم لكل حالة من حالات السكوت على حدة، لذلك حاولت دراسة هذا الموضوع بوضع مبدأ عام يحكم كل الحالات المتماثلة متبعاً فى ذلك منهج الفقهاء المسلمين القدامى فى ضبط هذا الأمر ببيان الأصل فى دلالة السكوت، والاستثناء عليه فى التعبير عن الإرادة، وقد ساعد على ذلك تلك القاعدة الفقهية، حيث تضمن شقها الأول : " لا ينسب إلى ساكت قول " ــ الأصل فى دلالة السكوت، وهو انه لا دلالة له على الإرادة، وتضمن شقها الثاني : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " المبدأ الذى يحكم الاستثناءات الواردة على ذلك بجعل السكوت دليلاً على الإرادة فى المواضع التى تمس الحاجة إلى عده كذلك.

وفى هذا المقام حاولت تحليل الشق الأول من القاعدة ببيان المراد بالساكت وبالسكوت، والأثر الفقهي المترتب على ذلك، مستعرضاً بعض المسائل الفقهية بوصفها نماذج تطبيقية عملية على الأصل فى دلالة السكوت.

وكذلك تحليل الشق الثاني منها ببيان المراد بالحاجة، وبالبيان والأثر الفقهي المترتب على ذلك، مع ذكر بعض المسائل الفقهية بوصفها نماذج تطبيقية عملية على الاستثناءات الواردة فى هذا الشأن، بحيث يلحق بكل مسألة ــ متعلقة بالأصل أو بالاستثناء ــ فى الحكم ما يشبهها من مسائل وفروع فقهية.

ولما كان هذا الموضوع لا تختلف معالجته ــ فى الجملة ــ فى القانون الوضعي عما قرره الفقه الإسلامي، لذلك ركزت الدراسة على الفقه الإسلامي ــ الذى استمد منه القانون الوضعي أحكام السكوت عامة ــ مع الإشارة إلى موقف القانون الوضعي كلما كان ذلك مفيداً للبحث.

وسوف أعتمد فى هذه الدراسة على النصوص الشرعية مستدلاً بالقرآن الكريم والسنة النبوية ، وأقوال فقهاء المذاهب الإسلامية فى كل مسألة من مسائل البحث مبيناً الراجح فيها من هذه الأقوال مستأنساً فى ذلك بأقوال الفقهاء المعاصرين فى مجال الدراسات الفقهية الإسلامية ، والقانونية ، والمقارنة.

خطة البحث :

تشتمل خطة البحث على فصل تمهيدي وبابين وخاتمة وسرت فيها على النحو الآتي :

الفصل التمهيدي: التكييف الفقهي لقاعدة : " لا ينسب إلى ســاكت قــول ، ولكــن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

الباب الأول: التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبه به.

الفصل الأول: تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه.

الفصل الثاني: التمييز بين السكوت وما يشتبه به.

الباب الثاني: حكم السكوت.

الفصل الأول: حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي مـــن حيــث الحرمـــة أو الوجوب أو الندب أو الكراهة أو الإباحة.

الفصل الثاني: حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه من حيث مدى دلالتـــه على الإرادة ومن ثم أثر ذلك على الأحكام الشرعية.

الخاتمة.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب

فصل تمهيدي

فى التكييف الفقهي لقاعدة

(لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان) .



فصل تمهيدي
في
التكييف الفقهي لقاعدة

(لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان) .

تقسيم :

لما كانت دراستي لموضوع " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامي ترتكز على تلك القاعدة المهمة، فقد رأيت من المناسب أن أمهد لتلك الدراسة بإلقاء الضوء على طبيعة تلك القاعدة لا بشرحها شرحا مفصلا، وإنما بيان طبيعتها ومعرفة نوعها من حيث كونها قاعدة فقهية أو أصولية.

وقاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " . الشق الأول منها بمنطوقه هو عبارة الإمام الشافعي ــ رضى الله عنه ــ كما ذكر السيوطي ، ونقلت عنه فى كتب الأشباه والنظائر ، وكتب القواعد الفقهية ، كما قررتها مجلة الأحكام العدلية فى المادة " ٦٧ " منها بعد أن أضيف إليها الشق الثاني والمتضمنة للاستثناءات الواردة عليها [١].

---

(١) انظر : الأسنوي ــ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول . تحقيق محمد حسن هيتو ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الأولى سنة١٩٨٠ م ص ٤٤٠، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ دار إحياء الكتب العربية ــ عيسى البابي الحلبي وشركاه ــ بدون تاريخ ــ ص ١٥٨ ، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ــ مؤسسة البابي الحلبي وشركاه ــ بدون تاريخ ، ص ١٥٤ ، الحموي غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م ــ جـ ١ ص ٤٣٨،على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م جـ ١ ص ٥٩م " ٦٧ " ، سليم رستم باز شرح المجلة ــ المطبعة الأدبية بيروت ، الطبعة الثانية سنة ١٩٢٣م ، ص ٤٧ ، م " ٦٧ " ، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ــ مطبوعات مكتبة النجاح ومكتبة طهران سنة ١٣٥٩هـ جـ ١ ، ص ٤٥ م "٦٧" الشيخ أحمد الزرقا ــ شرح القواعد الفقهية ــ مراجعة د/ عبد الستار أبو غدة ــ كتبه مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم دمشق الطبعة الثانية بدون تاريخ ص ٢٧٣، د/ على أحمد الندوي ، القواعد الفقهية ــ دار القلم دمشق الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٨م ، ص ١٠١ ، عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكري الشافعي ــ دار الكتب العلمية بيروت ــ بدون تاريخ جـ ١ ، ص ١٥.

وقد نقلت عن الإمام الشافعي بعبارة أخرى . حيث جاء في كتــاب (الأم) : **" ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله "** وذلك فــي باب الساعات التي تكره فيها الصلاة [(١)].

كما نقل عن الإمام الماوردي أيضًا أنه قال : " من نسب إلـــى ســاكت قــولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه " [(٢)].

هذه القاعدة صنفها عامة العلماء ضمن القواعد الفقهية، ووردت في كتب الأشــباه والنظائر[(٣)]، والقواعد الفقهية تأخذ بهذا الأساس .

---

(١) انظر : الإمام الشافعي ــ الأم ــ مكتبة الكليات الأزهرية ــ بدون تاريخ ، جــ ١ ، ص ١٥٢ .

(٢) انظر : الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ دار الكتب العلمية ، بيروت ــ الطبعة الأولى ــ ســـنة ١٩٩٤ م جــ١٦ ، ص ١٠١ كتاب أدب القاضي في فصل لما ينعقد به الإجماع .

(٣) الأشباه جمع شبه، والنظائر جمع نظير ، والشبيه والنظير والمثيل في اللغة بمعنى واحد، أما الأصوليــين فيرون أن المماثلة تقتضي المساواة في كل الوجوه، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلــها والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو في وجه واحد، يقال هذا نظير هذا في كذا، وان خالفه في ســـائر جهاته، أما معنى الأشباه والنظائر في الإصطلاح فهي المسائل التي يشبه بعضها بعضاً مع اختلاف فـــي الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم . انظر : الحموي ــ غمز عيــون البصـــائر ــ مرجــع سابق، جــ١ ، ص ٣٨ ، عبد العزيز محمد الوكيل في التعليق على كتاب الأشباه والنظائر لابــن نجيـم مرجع سابق ، جــ ١٢.

فالمسائل الفقهية إذا تشابهت أو تناظرت اندرجت تحت حكم واحد لاشتراكها في العلة أو في وصف جامع لها، ولكن أحيانًا يكون بين هذه المسائل المتشابهة فروق دقيقة، وعلل خفية تجعل بعضها منفصـــلاً عن بعض فلا تأخذ المسألة حكم الأخرى لضعف التشابه بينهما.

وإنما فصلنا ــ في المتن ــ بين اصطلاحي كتب الأشباه والنظائر ، وكتـــب القواعــد الفقهيــة لأن الأولى لا تقتصر على دراسة القواعد الفقهية فحسب، وإنما تتناول مع ذلك مسائل الفقه وأصول الفقه.

وأحيانًا بعض مسائل علم الكلام التي لها صلة بالموضوع، أي إن كتب الأشـــباه والنظـائر شـاملة لمختلف الفنون.

كما تجب ملاحظة الفرق بين اصطلاحي الأشباه والنظائر ، الفـــروق الفقهيــة ذلــك لأن الفـــروق موضوعها بحث المسائل المتناظرة المتشابهة في الصورة الظاهرة ، مع أنه بالتدقيق يتبيـــن أن بينـــهما فروقًا تمنع من قياس أحدهما على الآخر ولذلك عرفها الحموي بأنها : معرفة ما يجتمع مع آخر في حكم ويفترق منه في حكم آخر فأكثر ــ الحموي ــ غمز عيون البصائر جــ١ ، ص ٣٨، وعرف الســيوطي علم الفروق بأنه:" العلم الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى والمختلفة حكماً وعلة". السيوطي ــ الأشباه والنظائر ص٧ ، البكري ــ الاعتناء في الفرق والاستثناء ، مرجع ســابق، جــــ١ ص٢٠ وانظر كذلك د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ، ص ٧٣-٧٥ ، د/ تيسير فائق أحمد محمود في تقديمه لكتاب المنثور في القواعد للزركشي طبع وزارة الأوقاف والشــئون الإســلامية بدولة الكويت بدون تاريخ جــ١ ، ص ٣٤ وما بعدها.

ولكن ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى تصنيفها ضمن القواعد الأصولية [١].

والوقوف على حقيقة هذا الأمر، وبيان الطائفة التى تنتمي إليـــها هـــذه القـــاعدة يقتضي بيان المقصود بكل من القاعدة الأصولية ، والقاعدة الفقهية والمقارنـــة بينـــهما، ومن ثم نستطيع تصنيف هذه القاعدة وتحديد طبيعتها . ونختم هذا التمهيد بكلمـــة عـــن مدى جواز الاحتجاج بالقاعدة الفقهية.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف القاعدة الأصولية والفقهية .

المبحث الثاني : المقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

المبحث الثالث : مدى حجية القواعد الفقهية.

---

(١) انظر : د/ على أحمد الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٥٦٥ .

المبحث الأول
تعريف القاعدة الأصولية والفقهية

أولا: القاعدة فى اللغة :

أما عن معنى القاعدة : فهى فى اللغة مؤنثة تجمع على قواعد وقاعدات والقاعدة أصل الشئ وأساسه، حسيا كان ذلك الشئ أو معنويا.

فقواعد البيت أساسه، ومن ذلك قوله تعالى : **(وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل)**[1]. وقوله تعالى : **(فأتى الله بنيانهم من القواعد فخر عليهم السقف من فوقهم)**[2].

فالقاعدة فى هاتين الآيتين بمعنى الأساس الحسي، وهو ما يرفع عليه البناء[3].

ومن القواعد بمعنى الأساس المعنوى للشئ ، قواعد الدين، وقواعد النحو، وقواعد الفقه وقواعد الأصول ، فهذه كلها قواعد معنوية بمعنى أسسه التى يقوم عليها [4].

وبهذا المعنى اللغوى للقاعدة يكون لكل علم أسسه وقواعده. فهناك القواعد القانونية،والهندسية، واللغوية، وغير ذلك من العلوم لكل منها قواعده الخاصة به.

---

(١) سورة البقرة آية [١٢٧].

(٢) سورة النحل آية [٢٦].

(٣) قال الزجاج : القواعد أساطين البناء التى تعمده، وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة فى أسفله تركب عيدان الهودج فيها . انظر : المعلم بطرس البستاني ــ محيط المحيط ــ طبع فى بيروت سنة ١٢٨٦ هـ، المجلد الثاني باب القاف ص ١٧٣٨ ، ابن منظور ــ لسان العرب ــ المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ ، جـ٤ ، فصل القاف حرف الدال ص ٣٦٤، الراغب الأصفهاني معجم مفردات ألفاظ القرآن ، تحقيق نديم مرعشلي ، دار الكتاب العربي سنة ١٩٧٢م، ص ٤٢٤ .

(٤) وتطلق القاعدة عند المهندسين على ضلع من أضلاع المثلث وعلى الوتر بالنسبة إلى كل قطعتي دائرة. والقواعد كذلك جمع قاعد من النساء وهى التى قعدت عن الولد والحيض والتزوج وهى المرأة الكبيرة المسنة. قال تعالى : " والقواعد من النساء التى لا يرجون نكاحا " النساء / ٦٠. راجع فى ذلك: الفيومي المصباح المنير ــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، بدون تاريخ ، جـ٢ ، ص ١٦٩، الرازي ــ مختار الصحاح ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ــ الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٢م ، ص ٥٤٤، مجمع اللغة العربية، معجم ألفاظ القرآن الكريم ــ الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، الطبعة الثانية ــ سنة ١٩٧٠ المجلد الثاني ، ص ٤٠٩ ، المعجم الوسيط ، مطابع دار المعارف بمصر الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٢ ، جـ ٢ ، ص ٧٤٨ ، الزمخشري ــ أساس البلاغة ــ دار المعرفة بيروت ــ بدون تاريخ ص٣٧٢.

ثانيا: القاعدة فى الاصطلاح :

والقاعدة فى الاصطلاح العام الشامل هى : قضية كلية أو حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته . أو هى : قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها [(١)].

وقد عرفها كثير من العلماء بمثل هذا التعريف بوصفها جامعة لما تحتها من فروع، من غير نظر إلى ما شذ عنها وما استثنى منها[(٢)].

ولكن تعريف القاعدة بهذا الاعتبار، وإن كان يصح فى بعض العلوم فلا يصح فى جميعها، لأنه يعني أن القاعدة حكم عام على الجزئيات والفروع المندرجة تحته دون استثناء، ويصعب تطبيق ذلك على جملة القواعد الفقهية ؛ لأن القواعد الفقهية منها ما ينطبق على جميع جزئياته، ولا يخرج عن حكمه شئ منها، ومنها ما ينطبق على أكثر

---

(١) والقاعدة تطلق بهذا المعني على الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد: انظر المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط ، مرجع سابق ، المجلد الثاني ، ص ١٧٣٨ ، الجرجاني ــ التعريفات ــ دار الريان للتراث ، سنة ١٤٠٣ هـ ، ص ٢١٩ ، الفيومي ــ المصباح المنير ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ١٦٩ ، مجمع اللغة العربية ــ المعجم الوسيط ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٧٤٨ ، د/ تيسير فائق أحمد محمود فى تقديمه لكتاب المنثور فى القواعد للزركشي ــ مرجع سابق ــ جـ١ ، ص ١٠.

(٢) للتعرف على مزيد من تعريفات للقاعدة بهذا المعني ، انظر على سبيل المثال ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي تحقيق مصطفى البنجويني، طبع بالعراق، اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري ــ جـ١ ، ص٦٤، البكري ، الاعتناء فى الفرق والاستثناء، مرجع سابق ، ص ٨ ، د/ تيسير فائق أحمد محمود مقدمة تحقيق كتاب المنثور فى القواعد للزركشي ، مرجع سابق، جـ١ ، ص ١٠ ، الشيخ / أحمد الزرقا ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ، ص ٢٣، محمود مصطفى عبود هرموش ــ القاعدة الكلية " إعمال الكلام أولى من إهماله " وأثرها فى الأصول ــ رسالة قدمت إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لنيل درجة الماجستير ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧م ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص ٢٠ د/ حسنين محمود حسنين ، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة دار العلم الإمارات دبي ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م ، ص ١٥٥، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٩٣م، ص ٧ ، د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق،ص ٤٠-٤١، د/محمود عبد الله العكازي ، شرح القواعد الفقهية ، سنة ١٩٩٨ ، ص٨-٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، مطبعة الأمانة ، القاهرة الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ، ص ٢٠١ ، د/ محمد بكر إسماعيل ، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار سنة ١٩٩٦م، ص٥-٦ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، القواعد الفقهية مكتبة الرشد ــ الرياض ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م ، ص ١٤ وما بعدها، ولسيادته أيضا : قاعدة الأمور بمقاصدها ، مكتبة الرشد ، الرياض، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩ م ص ١٣ د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء. دراسة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة للحصول على درجة الدكتوراه سنة ١٤٢٠هـ ، ص ٨-٩.

جزئياته، وقد يخرج بعضها عن حكمه.

وفى ذلك يقول الحموى فى شرحه لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى: "هذا التعريف فيه نظر ــ وهو تعريف القاعدة بأنها حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه ــ لأن ما فسر به القاعدة.. غير صحيح هنا؛ لأن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هى عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلى ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه " [1].

- إذا : فالقاعدة فى اصطلاح الأصوليين تختلف عنها فى اصطلاح الفقهاء.

- فالقاعدة الأصولية " هى حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه" وهو نفسه تعريف القاعدة فى الاصطلاح العام[2]. وهذا يعنى أن القاعدة عند الأصوليين ينطبق حكمها على جميع جزئياتها، بحيث لا يشذ عنها فرع من الفروع، وإذا كان هناك شاذ خرج عن نطاق القاعدة فالشاذ أو النادر لا حكم له ولا ينقض القاعدة[3]. وذلك مثل قاعدة "الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب " وقاعدة " النهى للتحريم " ، ومثل قاعدة : " الفاعل مرفوع ، والمفعول منصوب " عند النحاة[4]. ذلك لأن القاعدة عند النحاة مثل القاعدة الأصولية ينطبق حكمها على جميع جزئياتها.

- **أما القاعدة الفقهية:** فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة[5] روعى فيها أن أحكامها أغلبية أو كثرية قد يخرج بعض جزئياتها على سبيل الاستثناء ونختار من

---

(١) الحموى ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ ١ ص٥١.

(٢) راجع المراجع المشار إليها فى هامش (٢) الصفحة السابقة.

(٣) انظر: د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ٤١.

(٤) انظر:محمود مصطفى عبود هرموش ــ القاعدة الكلية ــ إعمال الكلام أولى من إهماله"ــ مرجع سابق ص٢٠ ، د/ أحمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٨، د/ عبد العزيز عزام قواعد الفقه الإسلامى ــ مكتبة الرسالة الدولية سنة ١٩٩٩ ص١٠.

(٥) عرفها السبكى بأنها : " الأمر الكلى الذى ينطبق على جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منه" للسبكى الأشباه والنظائر ــ تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، على محمد عوض ــ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م جـ ١ ص ١١ وعرفها الحموى بأنها: " حكم أكثرى لا كلى ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه" الحموى ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ١ ص٥١.

وعرفها البعض بأنها: " حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته" أو هى: " أصول فقهية كلية فى نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها " د/مصطفى الزرقا فى التقديم لكتاب شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا ــ مرجع سابق ــ ص٢٣ ، ص ٢٤ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ، د/ محمد كمال الدين إمام ــ المدخل لدراسة==

هذه التعريفات تعريف صاحب درر الحكام الذى عرفها بأنها : " الحكم الكلى أو الأكثرى الذى يراد به معرفة حكم الجزئيات" [1]. وقريب من هذا التعريف ما ذكره بعض أساتذتنا المعاصرين بأنها : " هى حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه"[2].

ويستفاد من تعريف القاعدة الفقهية ما يلى:

١- أن القاعدة الفقهية تتضمن حكمًا عامًا يتناول مجموعة من المسائل الفقهية من أبواب الفقه المختلفة ، يربطها موضوع فقهى مشترك والحكم المتضمن فى القاعدة الفقهية هو حكم شرعى، وهذا يوضح إحدى خصائص القاعدة الفقهية وهى تعلقها بالأحكام الشرعية لا بغيرها من الأحكام التى تحتويها قواعد أخرى كالقواعد النحوية، أو اللغوية[3].

القاعدة والضابط :

وتناول حكم القاعدة الفقهية لمجموعة من الأبواب الفقهية يميز القاعدة عن الضابط الفقهى[4]، فهو وإن كان يتضمن حكمًا لمجموعة من الجزئيات والفروع، فإن ما يندرج تحته منحصر فى باب واحد من أبواب الفقه.

وقد أشار العلامة ابن نجيم إلى هذا الفرق بين القاعدة والضابط فيقول : "والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعًا من أبواب شتى، والضابط يجمعها من

== الفكر الإسلامى ــ طبعة جديدة ص ٣٠٢ كما عرفها البعض بأنها : " حكم شرعى فى قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها" أو هى: " أصل فقهى كلى يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة فى القضايا التى تدخل تحت موضوعه" انظر :د/ على الندوى القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٤٣ ، ص ٤٥ ، د/ أحمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص٨ د/محمود العكازى شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٨.

(١) انظر: على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٩.

(٢) د/ رمضان على السيد الشرنباصى ، د/ محمد كمال الدين إمام ــ المدخل لدراسة الفكر الإسلامى مرجع سابق ص ٣٠٢.

(٣) انظر: د/ محمد سراج ، أصول الفقه الإسلامى ــ ص ٣٩١ ، د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية.

(٤) الضابط فى اللغة من الضبط، يقال ضبط الشئ لزمه لزوماً شديداً وأحكمه وأتقنه، وضبط البلاد وغيرها قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص ، لذلك فهو عند أرباب السياسة الحكم والقائد، وهو عند العلماء حكم كلى ينطبق على جزئياته" انظر: المعلم بطرس البستانى ــ محيط المحيط ــ مرجع سابق ــ المجلد الثانى ص ١٢٣٢ ، ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جـ ٩ ص٢١٤، الزمخشرى ــ أساس البلاغة ــ مرجع سابق ص ٢٦٥، الراغب الأصفهانى ــ معجم مفردات ألفاظ القرآن ــ مرجع سابق ص ٣٠٠.

باب واحد، هذا هو الأصل "[1] كما أشار إليه العلامة تاج الدين السبكى أيضًا فى قولـه: "... والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطًا " [2].

وهكذا يفرق العلماء بين القاعدة والضابط[3] من جهة أن القاعدة أعم وأشمل مـن الضابط فبينما نجد الضابط تنحصر جزئياته وفروعه المندرجة فى حكمه فى باب واحد من أبواب الفقه، فإننا نجد القاعدة الفقهية لا تنحصر جزئياتها وفروعها فى باب فقـهى واحد، وإنما يتناول حكمها فروعًا من أبواب مختلفة.

– فعلى سبيل المثال، لو نظرنا إلى قاعدة: " الأمور بمقاصدها " لوجدنا أنها تدخل فى أبواب فقهية متعددة ، حيث ينطبق حكمها على أبواب العبادات، والجنايات، والعقود، والجهاد وغيرها من أبواب الفقه وكذلك القاعدة التى معنا: " لا ينسب إلى ساكت قـول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" فإن المسائل التى تندرج تحتها وينطبق عليـها حكمها لا تختص بباب فقهى واحد، فهى تدخل فى العقود جميعها، وكذلك التصرفـات وفى الدعاوى والبينات وغير ذلك، وهكذا سائر القواعد الفقهية.

أما إذا نظرنا إلى ضابط فقهى مثل : " ما نقص العين أو القيمة، نقصًا يفوت بـه غرض صحيح ، والغالب جنس المبيع عدمه ". فهذا خاص بباب من أبواب المعـاملات وهو الخيار، ومن هذا القبيل أيضًا ما جاء فى باب السلم : " كل ما أمكن ضبط صفتـه ومعرفة مقداره جاز السلم فيه، ومالا يمكن ضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجـوز السلم فيه"[4]، إلى غير ذلك من الضوابط الفقهية التى يختص كل منها بـبـاب فقـهى لا يتعداه إلى غيره، وهذا بالطبع بخلاف القاعدة ؛ ولذلك نجد أن القاعدة لها مستثنيات أكثر

(١) ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ الفن الثانى فى الأشباه ص ١٦٦، الحموى ـ غمز عيون البصائر ـ مرجع سابق جـ ١ ص٣١.

(٢) السبكى ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص١١.

(٣) للتعرف على مزيد من التمييز بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى انظر على سـبيل المثـال: محمـود مصطفـى عبـود هرموش ـ القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله " ـ مرجع سـابق ـ ص٢٦ د/على الندوى ـ القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ـ ص٤٦ وما بعدها ، عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى الشافعى ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص١٠، د/ محمد بكر إسماعيل ـ القواعد الفقهية بين الأصالـة والتوجيـه ـ مرجـع سـابق ـ ص٨ د/نجاح عثمان أبو العينين اسماعيل أثر القواعد المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ـ مرجع سـابق ـ ص ٣٦ وما بعدها د/ أحمد بن محمد العنقرى فى التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل مكتبة الرشـد ـ الرياض ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧ ـ جـ ١ ص١٩.

(٤) د/ على الندوى ـ القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ـ ص٤٩.

مما للضابط[1].

وهناك فرق آخر بين القاعدة والضابط وهو : أن القاعدة فى الأعم الغالب متفق عليها بين المذاهب أو أكثرها ، أما الضابط فإنه يختص بمذهب معين إلا ما ندر عمومه، بل منه ما يكون وجهة نظر فقيه خاص فى مذهب معين قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من المذهب نفسه[2].

٢- **القاعدة الفقهية تتضمن أحكامًا أغلبية ، أو أكثرية:** بالنظر إلى تعريفات القاعدة الفقهية، نجد أنها تشير إلى خصيصة مهمة من خصائصها ، وهى أنها تتسم بصفة الأغلبية أو الأكثرية، ومعنى ذلك، أن حكم القاعدة الفقهية غير مطرد فى كل جزئياتها فهو لا يتحقق فى كل جزئية من جزئياتها،بل إن حكمها حكم على الغالب من جزئياتها لا على كل واحد منها، وفى ذلك إشارة إلى المستثنيات والشواذ فى القاعدة الفقهية، فقلما تخلو قاعدة منها من مستثنيات من فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها[3].

فمثلاً، قاعدة: " إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام " هذه القاعدة لفظ حديث أورده جماعة " ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرامُ الحلال " وقيل لا أصل له، وضعفه البيهقى. وقال السبكى فى الأشباه والنظائر : غير أن القاعدة فى نفسها

---

(١) د/ محمد بكر اسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ٩.

(٢)انظر: د/ نجاح عثمان أبو العنيين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها ــ مرجع سابق ــ ص٣٧.

تجدر الإشارة إلى أن التفرقة بين القاعدة والضابط لم يظهر إلا فى العصور المتأخرة فقد كان الأولون يخلطون بينهما ، فهذه التفرقة عند أكثر العلماء وبخاصة المتأخرون منهم. انظر: د/ على الندوى القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٥٢، د/ محمد بكر اسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ٨ ، ١٠ ، د/ أحمد العنقرى فى التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٩ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية مرجع سابق ــ ص٥٩، د/ نجاح أبو العنيين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء مرجع سابق ص٣٦ وما بعدها.

(٣) انظر: د/ مصطفى أحمد الزرقا ــ فى مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٣٤، د/أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٨ ، د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٤٣ ، عادل عبد الموجود، على محمد معوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء ــ مرجع سابق ــ جـ ١ص١٢، محمود مصطفى عبود هرموش. القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله ــ مرجع سابق ــ ص٢١، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامى مرجع سابق ص٣٩١، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١١ د/نجاح أبو العينين اسماعيل ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ص٩.

صحيحة. ومن فروعها إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضى التحريم والآخر الإباحة قدم التحريم. ومن ثم قال عثمان لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين: أحلّتهما آية وحرّمتهما آية ، والتحريم أحبّ إلينا، وكذلك تعارض حديث: " لكَ من الحائض ما فوق الإزار" وحديث : " اصنعوا كل شئ إلا النكاح" فإن الأول يقتضى تحريم ما بين السرة والركبة، والثانى يقتضى إباحة ما عدا الوطء، فيرجح التحريم احتياطاً.

قال السيوطى: قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه[1].

فهذه قاعدة كلية ، ومع ذلك يخرج عنها بعض فروعها وعن ذلك: الاجتهاد فى الأوانى إذا كان بعضها طاهرًا وبعضها نجسًا والأقل نجس فالتحرى جائز ويريق ما غلب على ظنه أنه نجس، ومنها الاجتهاد فى ثياب منسوجه من حرير وغيره ـ يحل إن كان الحرير أقل وزنًا وكذا إن استويا، ومنها ـ تفسير القرآن يجوز مسه للمحدث إن كان أكثر من القرآن وكذا إن استويا فى الأصح إلا أن كان القرآن أكثر، ومنها لو اعتلفت الشاة علفًا حرامًا لم يحرم لبنها ولحمها، ولكن تركه أورع، وكذا لو سقاها خمرًا ثم ذبحها من ساعته فإنها تحل بلا كراهة ، إلى غير ذلك من الفروع التى خرجت عن الحكم الذى تضمنته القاعدة وهو تغليب الحرام إذا اجتمع مع الحلال[2].

وهكذا ، فإننا لانجد قاعدة واحدة إلا استثنى منها فروع[3] ، بل نجد أن بعض القواعد ما استثنى من فروعها أكثر مما اندرج تحت حكمها.

ومثال ذلك: قاعدة : " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه ".

قال السيوطى: إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر

---

(١) السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ١ ص١١٨، ص٣٨٠، السيوطى ــ الأشباه والنظائر مرجع سابق ــ ص١١٧ ، ابن نجيم الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص١٠٩.

(٢) انظر: السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ ١ص ١١٨، السيوطى ــ الأشباه والنظائر مرجع سابق ص ١١٩ ،ص ١٢٠، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ص ١١٢.

(٣) راجع كتب الأشباه والنظائر السابق الإشارة إليها، للتعرف على هذه الاستثناءات، وراجع د/ نجاح أبو العينين اسماعيل ــ المستثنيات فى العبادات والمعاملات، وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإسلامى ــ رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر للحصول على درجة الماجستير فى الفقه العام سنة ١٩٩٦م.

من الداخلة فيها، بل فى الحقيقة، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث[1].

مرد هذه الاستثناءات: بالتأمل فى أقوال العلماء فى ذلك نستخلص منها أن استثناء بعض الفروع من نطاق تطبيق قاعدة ما يرجع إلى أنها تكون أليق بالتخريج على قاعدة أخرى[2] ، وذلك لأن القاعدة الفقهية لها شبه بالقياس[3] ، من جهة أنها تجمع عدداً من المسائل الفقهية ينطبق عليها حكمها، والقياس قد يتم العدول عنه فى بعض المسائل إلى حلول استحسانية[4] (استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل،

---

(1) السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ١٧٠ ، وفى نفس القاعدة وممستثنياتها كذلك انظر: ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٩.

(2) انظر فى ذلك: مصطفى الزرقا فى مقدمته لكتاب شرح القواعد الفقهية مرجع سابق ص٣٤، د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٢٣، د/ أحمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٨، محمود مصطفى عبود هرموش ــ مرجع سابق ــ ص ٢١ ، د/ نجاح أبو العينين إسماعيل ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٩.

(3) والقياس فى اللغة عبارة عن التقدير، ومنه يقال: قِستُ الأرض بالقَصبة وقستُ الثوب بالذراع، أى قدرته بذلك، وهو يستدعى أمرين يضاف أحدهما إلى الآخر بالمساواة. فهو نسبة وإضافة بين شيئين ولهذا يقال فلاناً يقاس بفلان ولا يقاس بفلان أى يساويه ولا يساويه.

وأما فى الاصطلاح فقد عرفه الأصوليون بتعريفات كثيرة نختار منها تعريف البيضاوى وهو: " إثبات مثل حكم معلوم فى معلوم آخر لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت " أى إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أمر جامع بينهما يقتضى هذا الحكم. والمراد إلحاق أمر لم ينص على حكمه فى الكتاب أو السنة أو الإجماع بأمر نُصَّ عليه فى أحدها لاشتراكهما فى علة عند الحكم: انظر فى تعريف القياس وبيان أركانه وشروطه. الآمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مؤسسة الحلبى وشركاه للنشر والتوزيع ــ بدون تاريخ جـ ٣ ص١٦٧ وما بعدها، أبو بكر ابن العربى المالكى ــ المحصول فى أصول الفقه ــ دار البيارق ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م ص١٢٤، الباجى ــ كتاب الحدود فى الأصول ــ تحقيق ــ نزيه حماد ــ دار الآفاق العربية الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م ص٦٩، محمد الخضرى ــ أصول الفقه ــ دار الحديث ــ القاهرة ــ بدون تاريخ ص٣٣٣، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى ــ دار الهدى للمطبوعات سنة ٢٠٠٠ م ص٨٨، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه مكتبة القدس ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧م ص١٩٤ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ سنة ٢٠٠٠ م ص٦٤.

(4) الاستحسان لغة: عدُّ الشئ حسناً ويطلق على ما يهواه الإنسان ويميل إليه، وفى اصطلاح الأصوليين فهو: العدول فى مسألة عن مثل ما حُكِمَ به فى نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول" انظر: الآمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١٣٧، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٢٣١، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى مرجع سابق ــ ص١١٩.

تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة[1] في تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج، وذلك مثل جواز عقد السلم والاستصناع وغير ذلك من أنواع الاستحسان) .

فكأن المستثنيات من القواعد الفقهية من هذا القبيل، حيث يتم العدول ببعض جزئيات القاعدة إلى حكم قاعدة أخرى استحساناً لذلك لما فيه من موافقة لمقاصد الشريعة.

فنجد مثلاً قاعدة: " الضرر يزال " هذه قاعدة كلية كبرى يندرج تحتها قواعد أخرى، ويتفرع على ذلك كثير من الفروع الفقهية[2].

هذه القاعدة تنص على وجوب إزالة الضرر، ظاهرها يدل على إزالته ولو بضرر مثله، فجاءت قاعدة أخرى ــ متعلقة بها ــ وهي قاعدة " الضرر لا يزال بالضرر". وفروع هذه القاعدة خارجة من عموم القاعدة السابقة، لأنها بمثابة قيد عليها ، أي إن

---

(١) والمراد بمقاصد الشريعة: المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم العامة منها والخاصة، وليست هي ما يراه الإنسان مصلحة له ونفعاً حسب هواه، وإنما ما كانت كذلك في ميزان الشرع وفي هذا ذكر الإمام الغزالي أن المصلحة هي: " المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم، ومالهم ونسلهم ". انظر: الإمام الغزالي ــ المستصفى ــ المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢ هـ ــ جـ ١ ص٢٨٧.

وهذه المقاصد تنقسم بحسب أهميتها إلى ثلاثة أقسام: ١- ضرورية وهي ما لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وهي مراعاة في كل ملة. ٢- حاجية وهي الأمور التي يحتاج إليها الناس لرفع الحرج والمشقة عنهم. ٣- تحسينية ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات. ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق. انظر: الشاطبي ــ الموافقات ــ دار المعرفة بيروت ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ جـ١ ص٣٢٥، وما بعدها الغزالي ــ المستصفى ــ المرجع السابق ــ جـ١ ص٢٨٧، د/ محمد مصطفى شلبي ــ تعليل الأحكام مطبعة الأزهر ــ سنة ١٩٤٧ ص٢٧٨، د/ سمير عالية ــ علم القانون والفقه الإسلامي ــ نظرية القانون والمعاملات الشرعية ــ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ ص١٢٧ وما بعدها.

(٢) أصل هذه القاعدة قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " لا ضرر ولا ضرار " أخرجه الإمام مالك في الموطأ ــ دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ جـ ٢ص٧٤٥ كتاب الأقضية.

وتعني هذه القاعدة بإيجاز : أن إنزال الضرر بالناس حرام وتجب إزالته لأنه ظلم، ومعنى نفي الضرر أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، ويتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة في أبواب الفقه الإسلامي، مثل الرد بالعيب، والخيارات ، والحجر وغيرها من أبواب الفقه الإسلامي. راجع في هذه القاعدة وفروعها: السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤١، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ٩٢، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨٥، العز بن عبد السلام ــ القواعد الصغرى ــ دار الجيل ببيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤م ص٥.

الضرر يزال ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق: " الضرر يزال"[1].

ولذلك : يجوز للمضطر أن يأكل طعام مضطر آخر، حتى لا يزيل ضرره بضرر غيره[2].

ومثل ذلك أيضا: قاعدة: " الضرورات تبيح المحظورات"[3]. هذه القاعدة تفيد إباحة الممنوع عند الضرورة ، ولكن على سبيل العموم ؛ لذلك كانت القاعدة الأخرى التى تحد من هذا العموم، وهى قاعدة: " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها "[4] أو "الضرورات تقدر بقدرها"، ومن ثم، فلا يحل للمضطر أن يأكل من الميتة إلا ما يسد رمقه، كما أنه لا يباح للطبيب أن ينظر من الأجنبية المريضة إلا مالا بد منه لمداواتها ولا يتعداه[5].

ويستفاد من ذلك: أن ما يستثنى من قاعدة فقهية إنما يكون لاندراجه تحت قاعدة أخرى يكون إعمال حكمها على ما استثنى أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة.

- بينا أن القاعدة الفقهية أغلبية غير مطردة، فهل يكون ذلك ناقضا لكليتها أو قادحا فى عمومها، وقيمتها العلمية ؟

الحقيقة أن ذلك لا ينقض كلية تلك القواعد ولا يقدح فى عمومها، ولا ينقص من قيمتها العلمية. والدليل على ذلك: ما ذكره الإمام الشاطبى ــ رحمه الله ــ إذ يقول: "إن الأمر الكلى إذا ثبت كليا فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلى لا يخرجه عن كونه كليا، وأيضا: فإن الغالب الأكثرى معتبر فى الشريعة اعتبار العام القطعى، لأن

---

(1) السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٤١.

(2) وقد فرع الفقهاء على ذلك كثيرا من الفروع الفقهية منها: عدم وجوب العمارة على الشريك، فإذا كان اثنان يشتركان فى منزل يحتاج إلى عمارة وترميم وأحد الشريكين غير مستطيع فلا يجب إجباره كما هو مذهب الشافعى الجديد لأن فى إجباره إزالة ضرر أحدهما بضرر الآخر، فلم يرتفع الضرر . د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١٨٣.

(3) هذه القاعدة متفرعة من قاعدة: " المشقة تجلب التيسير" وهى تعنى: أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة أى الحاجة الشديدة واصلها قوله تعالى: "**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**" الأنعام/١١٩ وقوله تعالى :" **فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم**" المائدة/٣.

(4) السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩١.

(5) انظر: محمود مصطفى عبود هرموش ــ المرجع السابق ــ ص٢٢ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٨، ٣٠٩، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١٤٩.

المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلى الثابت[1]. فالجزئيات المتخلفة قد يكون تخلفها بحكم خارجة عن مقتضى الكلى فلا تكون داخلة تحته أصلا، أو تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها، أو داخلة عندنا لكن عارضها على الخصوص ما هى به أولى.. فعلى كل تقدير لا اعتبار بمعارضة الجزئيات فى صحة وضع الكليات للمصالح.." [2].

ويقول فى موضع آخر: " .. لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادى، لا العموم الكلى التام الذى لا يختلف عنه جزئى ما "[3].

وبذلك فإن الاستثناء من القاعدة الفقهية لا يتعارض مع كونها كلية عامة ولا يُخرج ما استثنى عن الاندماج تحت قاعدة أخرى[4]، ولذا كان اختيارنا لتعريف القاعدة الفقهية بأنها حكم كلي...[5].

٣- **فائدة القواعد الفقهية وأهميتها:** يشير تعريف القاعدة الفقهية ـ أخيرا ـ إلى الفائدة المرجوة منها، وأهميتها، وقيمتها العلمية، فهى تهدف إلى التعرف على الأحكام الفقهية المتعلقة بأفعال المكلفين بطريقة سهلة ميسرة، ذلك لأن أفعال المكلفين كثيرة يصعب حصرها، ومن ثم فإن مسائل الفقه وفروعه كثيرة بحيث يتعذر حصرها فكانت القواعد الفقهية ضرورية لضبط تلك المسائل المنتشرة المتعددة، وتنظمها تحت أصول ، ومبادئ فقهية على نحو يفسر التعرف على أحكامها بإدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، فهى كما يقول ابن رجب: "... تضبط للفقيه أصول المذهب ... وتنظم له منثور المسائل فى سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد"[6].

---

(١) يسوق الإمام الشاطبى أمثلة تؤيد ذلك فيقول: إن العقوبات مشروعة للازدجار مع إنا نجد من يعاقب فلا يزدجر عما عوقب عليه، والقصر فى السفر مشروع للتخفيف وللحوق المشقة والملل، والمترف لا مشقة له والقصر فى حقه مشروع. انظر: الشاطبى ـ الموافقات ـ مرجع سابق جـ ٢ص٣٦٤.

(٢) الشاطبى ـ الموافقات ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص٣٦٤،ص٣٦٥.

(٣) الشاطبى ـ الموافقات ـ المرجع السابق ـ جـ ٣ ص٢٣٦.

(٤) انظر: على حيدر ـ درر الحكام ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص١٥، محمود مصطفى هرموش ـ مرجع سابق ـ ص٢١، د/ عبد العزيز عزام ـ قواعد الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ـ ص١٢، د/ نجاح عثمان أبو العينين ـ أثر القواعد المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ـ مرجع سابق ص٣١.

(٥) راجع ما سبق فى تعريف القاعدة الفقهية.

(٦) انظر: ابن رجب ـ القواعد فى الفقه الإسلامى ـ تقديم طه عبد الرؤوف سعد ـ مكتبة الكليات الأزهرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م ص٢.

إن ضبط الفروع بالقواعد الفقهية ــ وهى سهلة الحفظ ــ يسهل استذكار أحكامها ويغنى عن حفظها ، متى تم التمكن من إدراك العلل الجامعة بين هذه الفروع والجزئيات، التى لا تختلف باختلاف الأبواب والموضوعات، وهذا يجعل الفروع فى متناول يد الباحث عن أحكامها ، وبذلك يتحقق عموم الشريعة وشمولها للأحكام فلولا هذه القواعد لكانت الفروع الفقهية متفرقة مشتتة، لا يسهل الرجوع إليها، ولا استخراج أحكامها(١).

وفى ذلك يقول الإمام القرافى : " ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات"(٢).

- كما أن تخريج الفروع استنادا إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض الذى قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية.

وقد نبه القرافى إلى هذا أيضا بقوله : ".... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت.." (٣) فالقواعد الفقهية تمكن من تخريج الفروع بطريقة سليمة ، واستنباط الحلول للوقائع الجزئية المتجددة عبر العصور والأجيال(٤).

---

(١) د/ أحمد بن محمد العنقرى فى التقديم لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٢٢، د/ تيسير فائق أحمد محمود فى تقديمه لكتاب المنثور فى القواعد للزركشى ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٤ ، مصطفى الزرقا فى تقديمه لكتاب شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا ــ مرجع سابق ــ ص٣٥، محمود مصطفى عبود هرموش ــ مرجع سابق ــ ص٢٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصى المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٢ ، د/ محمود العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٤، د/ حسنين محمود حسنين ــ العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ــ ص١٥٥ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١١٤.

(٢) القرافى ــ الفروق ــ عالم الكتب ــ بيروت ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ جـ ١ ص٢.

(٣) القرافى ــ الفروق ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٢.

(٤) د/ أحمد بن محمد العنقرى فى مقدمته لكتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٢٣، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١١٦. للمزيد من التعرف على فوائد القواعد الفقهية انظر: د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٤، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،القواعد الفقهية مرجع سابق ــ ص١١٧، د/ أحمد بن محمد العنقرى ــ المرجع السابق جـ ١ ص٢٤ ، د/ نجاح عثمان أبو العينين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٢٦.

فلا شك فى أن دراسة القواعد الفقهية تؤدى أجل الخدمات للفقه والفقهاء، فمن حيث نفعها للفقه تجعله دائم التجدد، فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه. أما من حيث نفعها للفقهاء ، فهى تأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاستنباط الأحكام، وضبطها فى شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة فى العلل، سواء أختلفت موضوعاتها وأبوابها أم اتحدت.

المبحث الثانى
مقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

قد يبدو للناظر فى كل من القواعد الفقهية والقواعد الأصولية لأول وهلة أنـــه لا فارق بينهما، لذلك يصعب على كثير من الدارسين والباحثين التمييز بينهما فيخلطـــون بينهما فى كتبهم لما بينهما من تداخل وتشابه(١).

فهما يشتبهان من الناحية الشكلية فى جهة الصياغة، حيث تمتاز القواعـد بمزيـد الإيجاز والإتقان فى الصياغة، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، حيث نرى القاعدة ــ الأصوليــة أو الفقهية ــ تصاغ بكلمتين ، أو ببضع كلمات محكمة مـن ألفاظ العموم(٢)، وذلك مثل: " العادة محكمة "، "الضرر يزال" ، "الأمر للوجوب"(٣).

كما أن بينهما تشابها من جهة أن كلا منهما تندرج تحته قضايــا جزئيــة، كمــا يشتبهان كذلك من جهة الهدف أو الغاية من كل منهما، وهو التوصـــل إلـى الأحكــام الشرعية(٤).

---

(١) وفى ذلك يقول الدكتور/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ " لم أجد فى المراجع القديمة من فرق بيـن القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية باستثناء ما أورده القرافى فى مقدمة كتابه الفروق" انظـر: د/ يعقـوب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ١٣٥، عادل أحمد عبد الموجود، على محمد معـوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص١١، د/ محمد بكـر اسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ١٣.

(٢) ألفاظ العموم فى علم أصول الفقه هى الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق، مثل لفظ المؤمنون، ولفظ القوم وهكذا، وألفاظ العموم مبينــة فـى بحث العلم والخاص فـى كتب أصول الفقه انظر منها على سبيل المثال ــ الآمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص١٨٤، وما بعدها ، د/ محمد أبو النور زهـير ــ أصـول الفقـه المكتبة الأزهرية للتراث ، سنة ١٩٩٢ ، جـ٢ ص١٩٩ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فـى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٥ ، د/ أحمد فراج حسين أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سـابق ص٢١٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجـع سـابق ــ ص١٦٢ د/ محمد كمال الدين إمام ــ أصول الفقه الإسلامى –المؤسسة الجامعية للدراسات سنة ٢٠٠٠م ص٢٥٧.

(٣) انظر: مصطفى الزرقا ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٣٤، محمـود مصطفـى عبـود هرموش ــ القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله ــ مرجع سابق ص٢١.

(٤) د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٦٩، د/ تيسير فائق أحمد محمود فـى تقديمـه لكتاب المنثور فى القواعد للزركشى ــ مرجع سابق جـ ١ص٣٢، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فـى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص١٣، د/ نجاح عثمان أبو العنين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فـى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٣٢ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ، د/ محمد كمـال إمـام المدخل لدراسة الفكر الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٥.

ولكن بالرغم من هذا الشبه فإن بينهما أوجه اختلاف أهمهما ما يلى:

١- أن القواعد الأصولية يندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية[١] التى تسمح باستنباط الأحكام الشرعية منها من خلال ما يندرج تحتها من أدلة جزئية تفصيلية فالأمر للوجوب دليل إجمالى يندرج تحته نصوص كثيرة فى الكتاب والسنة فى صيغة الأمر مثل: " **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**" وما شابه ذلك من الأدلة الجزئية التفصيلية التى يدل كل منها على حكم خاص لفعل خاص أو لتصرف بعينه[٢] وأما القواعد الفقهية، فهى عبارة عن مسائل وقضايا كلية تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها، والمبنية على قواعد الأصول والتى تجمعها علة واحدة أو ضابط فقهى واحد[٣].

٢- القواعد الأصولية وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية حيث تعمل على أخذ هذه الأحكام من مصادرها الكلية، ومن هنا كان أغلبها ناشئاً من الألفاظ العربية[٤] وما يَعرِض لتلك الألفاظ من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهى وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فهى ناشئة عن الأحكام والمسائل الشرعية المتشابهة[٥].

---

(١) الأدلة الإجمالية هى التى يندرج تحتها أدلة جزئية كثيرة يدل كل واحد منها على حكم معين لفعل خاص وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وموضوع أصول الفقه هو هذه الأدلة الإجمالية من حيثيةٍ معينة وهى إثبات الأحكام الشرعية منها. انظر : د/ حسين حامد حسان ــ الحكم الشرعى عند الأصوليين دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ م ص٨، د/ أحمد فراج حسين أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١٤، د/ على جمعة محمد ــ الحكم الشرعى عند الأصوليين ــ دار الهداية سنة ١٩٩٣م ص١٥.

(٢) د/ حسين حامد حسان ــ الحكم الشرعى عند الأصوليين ــ مرجع سابق ــ ص٨.

(٣) د/ أحمد بن محمد العنقرى ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٢٠، د/ تيسير فائق أحمد محمود مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٣، د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٦٩ د/يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٤٠ ، د/ مصطفى سعيد الخن ــ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة السابقة سنة ١٩٩٨م ص١١٧.

(٤) إضافة إلى استمداد القاعدة الأصولية من علم اللغة العربية لتوقف فهم الأدلة الكلية واستنباط الأحكام منها عليه فهى تستمد كذلك من علم الكلام ــ العقائد ــ وما يقتضيه من حيث معرفة الله تعالى ومعرفة صدق الرسل... ويستمد أيضاً من الأحكام الشرعية كالوجوب والتحريم من حيث تصورها، وذلك لأن مقصود الأصولى من الأصول هو إثبات الأحكام أو نفيها ــ انظر: د/ على جمعة محمد ــ الحكم الشرعى عند الأصوليين مرجع سابق ــ ص ٦، د/ محمود عبد الله العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٠.

(٥) انظر : د/ أحمد بن محمد العنقرى ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٩، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ مرجع سابق ــ ص ١٣٦، د/ محمود العكازى ــ مرجع سابق ــ ص١٠. ==

ويترتب على ذلك: ان النظر فى القواعد الأصولية يكون خاصاً باللفظ من حيث تحققه فى الفرع الذى يراد إثبات الحكم الشرعى له أو نفيه عنه، أو عدم تحققه، أما فى القواعد الفقهية، فإن النظر فيها خاص بالمعنى من حيث تحققه فى الفرع الذى يراد النظر فى حكمه أو عدم تحققه[1].

٣- القاعدة الفقهية تعد نتيجة للقاعدة الأصولية، ولذا فهى تتوقف عليها[2]، فقواعد الأصول هى أصول القواعد الفقهية. وهذا يقتضي أسبقية القاعدة الأصولية فهى بمثابة القيود التى أخذ الفقيه نفسه بها عند استنتاجه، ككون ما فى القرآن مقدماً على ما جاءت به السنة، وأن نص القرآن أقوى من ظاهره وغير ذلك من مسالك الاجتهاد، وهذه مقدَّمة فى وجودها على استنباط أحكام الفروع[3].

٤ - القاعدة الفقهية موضوعها دائماً هو فعل المكلف بغرض التوصل لحكمه الشرعي، ككون هذا الفعل فى حقه واجباً أو حراماً أو مستحباً أو مكروهاً أو مباحاً. أما القاعدة الأصولية فموضوعها الدليل ، حيث تدور حول استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع أى أدلته، فهى وسط بين الأدلة والأحكام[4].

== وفى ذلك يقول الإمام القرافى ــ أصول الشريعة قسمان أحدهما المسمى بأصول الفقه وهى فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ من النسخ والترجيح ، ونحو الأمر للوجوب، والنهى للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك. انظر:القرافى ــ الفروق ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٢.

(١) انظر: عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض فى التقديم لكتاب الاعتناء فى الفرق والاستثناء مرجع سابق ــ جـ ١ ص١١.

(٢) انظر: السيد حسين مكى العاملى ــ قواعد استنباط الأحكام ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ جـ١ ص٥١ د/ محمود العكازى شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٠.

(٣) ابن عقيل البغدادي الحنبلي ــ الواضح فى أصول الفقه ــ تحقيق د/ عبد الله بن المحسن التركي مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الأولى ــ سنة ١٩٩٩ م ، جـ١ ، ص ٧ ، الزنجاني ــ تخريج الفروع على الأصول ــ تحقيق وتعليق د/ محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م، ص٣٤ السيد حسين مكي العاملي ــ قواعد استنباط الأحكام ــ مرجع سابق ــ ص ٥٢ ، د/ على الندوي القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٦٩ ، د/ محمود العكازي ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ١١ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ١٤٠، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ، ص ١٧ ، د/ مصطفى سعيد الخن ــ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص ١٢١ ، مصطفى محمد سلامة، التأسيس فى أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة ــ مكتبة خالد بن الوليد بميت عقبة سنة ١٩٩٢م ص ١٥ ، محمد أمين سويد الدمشقي ، تسهيل الحصول على قواعد الأصول ــ تحقيق د/مصطفى الخن ــ دار القلم دمشق ــ بدون تاريخ ، ص ٢١.

(٤) انظر : د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٧٨ ، ص ٤٦٣ ، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ، ص ٨ ، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول ==

وفى ذلك يقول الإمام ابن تيمية ــ رحمه الله ــ : " أصول الفقه هى الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة " [١].

- وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن بعض القواعد قد نجدها متداخلة أو متراوحة بين هذين النوعين من القواعد ــ الأصولية والفقهية ــ وذلك بحسب النظر إلى هذه القاعدة، فإذا نظرنا إليها بوصفها أصلاً يتعلق بالاستنباط والدليل، أى إن موضوعها دليل شرعي، كانت قاعدة أصولية.

أما إذا نظرنا إليها بوصفها فعلاً من أفعال المكلفين كانت قاعدة فقهية. وذلك مثل قاعدة : " المشقة تجلب التيسير " ، فمن حيث كونها دليلاً على رفع الحرج الذى ثبت بالأدلة القطعية تعد قاعدة أصولية ، ومن حيث كونها تراعى عند تقرير الأحكام التى يراعى فيها التيسير ورفع الحرج والمشقة تعد قاعدة فقهية [٢].

٥ - القاعدة الأصولية، قواعد كلية تنطبق دائماً على كل جزئياتها، ومن ثم فهى تتصف بالعموم والشمول، والثبات، أما القاعدة الفقهية فهى فى الأكثر الأعم أغلبية غير مطردة ، حيث يرد عليها الاستثناء ــ كما ذكرنا سابقاً ــ [٣] ومن ثم، فليس لها الشمول ــ الكامل ــ والثبات التى تتمتع به القاعدة الأصولية [٤].

== الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ١٧، د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ١٣ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ١٣٩، د/ نجاح عثمان أبو العينين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء مرجع سابق ــ ص ٣٣.

(١) ابن تيمية ــ مجموع الفتاوى ــ دار الرحمة للنشر والتوزيع ــ القاهرة ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ ــ جـ٢٩، ص ١٦٧ مشار إليه فى القواعد الفقهية للندوي ــ مرجع سابق ــ ص ٦٨.

(٢) انظر فى ذلك : د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٧٠ ، د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ١٤.

(٣) راجع ما سبق فى شرح تعريف القاعدة الفقهية.

(٤) انظر فى ذلك : محمود مصطفى عبود هرموش ــ القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله ــ مرجع سابق ــ ص ٢٥ ، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٩٢ ، د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٦٨ ، د/ أحمد بن محمد العنقري ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٢٠ ، د/ يعقوب الباحسين ــ مرجع سابق ــ ص ١٤١ ، د/ محمود العكازي ــ شرح القواعد الفقهية مرجع سابق ص ١١ ، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ١١ د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ــ ص ١٣، د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٣٣ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ، د/ محمد كمال إمام ــ المدخل لدراسة الفكر الإسلامي مرجع سابق ــ ص ٣٠٦.

وبعد.. فهذه بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما[١]. فالتمييز بينهما نابع من التمييز بين أصول الفقه، والفقه وتابع له. فأصول الفقه يبني عليه استنباط الفروع الفقهية، حتى إذا تكونت هذه الفروع أمكن الربط بين المتشابه منها تحت عنوان واحد هو القاعدة الفقهية[٢].

تحديد طبيعة القاعدة محل الدراسة :

" لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

بينا فيما سبق معنى القاعدة الأصولية، والقاعدة الفقهية، وأوجه الشبه والخلاف بينهما، وظهر لنا انه قد تتداخل أو تتراوح بعض القواعد بين هذين القسمين ، بحيث يمكن نسبتها إلى طائفة القواعد الأصولية أو القواعد الفقهية ، وذلك بحسب النظر إلى موضوعها.

وبإمعان النظر فى القاعدة التى معنا : " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " نجد أنها من قبيل تلك القواعد ذات الطبيعة المختلطة، نظرا لاتسامها ببعض سمات القاعدة الأصولية ، وبعض سمات القاعدة الفقهية فى آن واحد[٣].

فهذه القاعدة فى الحقيقة تشبه القاعدة الأصولية فى واحدة من أهم خصائصها وهى كونها أداة للاستنباط والاجتهاد، واعتبارها وسطا بين الأدلة والأحكام ، فهى تتعلق بأدلة الشرع الإجمالية ، وكيفية استنباط الأحكام منها، وبخاصة فى مجال السنة التقريرية ، والإجماع، وعلى وجه التحديد الإجماع السكوتي [٤].

ومن هنا فإننا نجد الشق الأول من هذه القاعدة : **" لا ينسب إلى ساكت قول "** كما ذكرنا ــ منقول عن الإمام الشافعي ــ رحمه الله ــ بصدد الحديث عن الإجماع

---

(١) يضيف بعض العلماء وجوها أخرى للتفرقة بينهما منها : أن القاعدة الأصولية هى خاصة بالمجتهد ولاحظ للعامي منها بعكس القاعدة الفقهية فقد يستفيد منها المقلد والعامي أيضا، ومنها كذلك أن القاعدة الأصولية لا تعني بمقاصد الشريعة بصفة أصلية بعكس القاعدة الفقهية التى تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة منها وتمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها . انظر : د/ نجاح عثمان أبو العينين أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص ٣٣ ، السيد حسين مكي العاملي ــ قواعد استنباط الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ١ ، ص ٥١.

(٢) انظر : د/ أحمد بن محمد العنقري ــ مرجع سابق ــ جـ١ ، ص ٢١ ، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، د/ محمد كمال إمام ــ المدخل لدراسة الفكر الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٣٠٥.

(٣) راجع ما سبق فى أوجه الخلاف بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية.

(٤) سوف نوضح ذلك فى موضع لاحق من البحث .

السكوتي، ومدى حجيته فى بناء الأحكام، وكذلك ذكرها الإمام الماوردي فى المقام ذاته " فى فصل لما ينعقد به الإجماع "[1] . كما أن الشق الثاني يتعلق ببيان الضرورة المعروف فى علم أصول الفقه . وبناء على ذلك ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى تصنيفها ضمن القواعد الأصولية[2].

ولكن ، برغم وجود الشبه فى تلك الخاصية سالفة الذكر، فإنها أكثر اقترابا من القواعد الفقهية ، حيث إنها تشترك مع القواعد الفقهية فى الخصائص التالية :

١ - إن موضوع هذه القاعدة يتعلق أكثر بفعل من أفعال المكلف وهو السكوت. وقد علمنا أن من أهم ما يميز القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية كون موضوعها الفقهية ـ يتعلق دائما بفعل من أفعال المكلف. وهذه القاعدة موضوعها السكوت[3] وذلك من حيث دلالتها على الإرادة ، ومن ثم ما يترتب على ذلك من أحكام.

٢ - هذه القاعدة يندرج تحتها كثير من الفروع والمسائل الفقهية من أبواب الفقه المختلفة، التى يجمعها رابط واحد، حيث يدور البحث بصددها عن دلالة السكوت على الإرادة، فى مجالاتها المتعددة.

فكل مسألة فقهية يتوقف بيان حكمها على تفسير دلالة السكوت، تندرج تحت هذه القاعدة، وذلك فى مجال التعبير عن الإرادة فى العقود والتصرفات بصفة عامة، سواء أكان ذلك فى المعاملات المالية ، أم فى مجال علاقات الأسرة من زواج وطلاق وحقوق أولاد وغير ذلك، كما نجد لهذه القاعدة أيضا فروعا وتطبيقات فى أبواب

---

(١) انظر الإمام الشافعي ـ الأم ـ مرجع سابق ـ جـ١ ، ص ١٥٢ ، الماوردي ـ الحاوي الكبير مرجع سابق ـ جـ١٦ ، ص ١١١ كتاب أدب القاضي.

(٢) انظر : د/ على الندوي ـ القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ـ ص ٣٤١ ، ص ٥٦٣ وما بعدها ، ولكننا نجد سيادته فى موضوع آخر عدها من قبيل القواعد الفقهية، وفى موضع آخر عدها من قبيل القواعد الأصولية التى تجري مجرى القواعد الفقهية ـ المرجع السابق ـ ص ٤٣٩ .

(٣) من المعروف فى علم أصول الفقه أن فعل المكلف والذى هو موضوع الحكم الشرعي شامل لعمل القلب واللسان والجوارح فهذه جميعا أفعال يتعلق بها خطاب الشرع، وليس المراد بالفعل ما يقابل القول والاعتقاد. انظر فى ذلك : ابن أمير الحاج ـ التقرير والتحبير ـ المطبعة الكبرى الأميرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ جـ٢ ص ٧٧، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ـ فواتح الرحموت مطبوع بهامش المستصفى للإمام الغزالي ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص ٥٤ ـ الإسنوي ـ نهاية السول فى شرح منهاج الوصول مطبوع بهامش التقرير والتحبير ـ مرجع سابق جـ١ ، ص ٢٣-٢٤ د/محمد سلام مدكور ـ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ـ دار النهضة العربية ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥م ، ص ٢٩ ، د/ محمد أبو النور زهير ـ أصول الفقه ـ مرجع سابق جـ١ ، ص٣٨.

القضاء والدعاوى والبينات وغير ذلك من أبواب الفقه الإسلامي التى تعتمد على الإرادة فى تكوينها وفى تحديد الآثار المترتبة عليها.

وكثرة الفروع والمسائل الفقهية المندرجة تحت هذه القاعدة على هذا النحو سمة من سمات القاعدة الفقهية.

٣ - هذه القاعدة تضمنت المعيار أو الأساس الذى يسمح بخروج بعض جزئياتها عن حكمها، فإذا كان الشق الأول منها يقرر أنه : " لا ينسب إلى ساكت قول " . فإن شقها الثاني يقرر : " أن السكوت فى معرض الحاجة بيان " وهذا يعني أن هذه القاعدة لا تنطبق على الجزئيات التى تندرج تحتها تطبيقا كليا بغير استثناء، أى إنها أغلبية أو أكثرية غير مطردة. وتلك أيضا سمة من سمات القاعدة الفقهية.

ونظرا لتوافر خصائص القاعدة الفقهية فى هذه القاعدة على النحو السابق ، فإنها تعد قاعدة فقهية رغم شبهها بالقاعدة الأصولية ، ذلك لأن العبرة إنما هى للغالب ومن ثم ، فإن عامة العلماء يصنفونها ضمن القواعد الفقهية، لجريانها فى العمل مجرى القواعد الفقهية.

نخلص مما سبق إلى أن قاعدة : " **لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان** " هى قاعدة فقهية كلية، حيث يندرج تحتها فروع فقهية كثيرة ينطبق عليها حكمها طالما توافر المعني الذى تشمله القاعدة. ولا يقدح فى كليتها خروج بعض جزئياتها عنها ، كما سبق أن ذكرنا.

المبحث الثالث

مدى حجية القواعد الفقهية

والمراد هنا هل يجوز أن نجعل القواعد الفقهية دليلا شرعيا يحتج به ويستنبط منه الأحكام الشرعية؟

لقد فرق العلماء فى هذا الصدد بين نوعين من القواعد .

النوع الأول القواعد الفقهية التى يكون مصدرها نصا شرعيا من القرآن الكريم أو السنة النبوية ، وهذا النوع من القواعد يجوز الاحتجاج به ويكون دليلا شرعيا يمكن استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها [١].

ومن هذه القواعد : قاعدة : " **المشقة تجلب التيسير** " [٢]. فإن مصدرها قول الله تعالى: " **وما جعل عليكم فى الدين من حرج** " [٣] . وقوله تعالى " **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** " [٤].

كما تستند إلى نصوص من السنة النبوية منها ما روى أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ كان إذا بعث أحدا من أصحابه فى بعض أمره قال : " **بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا** " [٥].

ومثل قاعدة : " **الأمور بمقاصدها** " [٦] فإن مصدرها قول النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى** " [٧].

---

(١) انظر فى ذلك : د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٣٣٠ ، د/ عبد العزيز عزام قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٥ ، د/ محمود عبد الله العكازي ــ شرح القواعد الفقهية مرجع سابق ــ ص ٦٥، د/ نجاح عثمان أبو العينين ــ أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص ٢٧ ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ، ص ٢٦٥.

(٢) السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ٨٤، ابن نجيم الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص٧٥ ، وسيكون لنا كلام عن هذه القاعدة فى موضع لاحق.

(٣) سورة الحج آية [٧٨] .

(٤) سورة البقرة آية [١٨٥] .

(٥) ابن حجر ــ فتح الباري ــ دار الحديث القاهرة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨، جـ١٠ ص ٦٣٢، ومسلم ــ صحيح مسلم ــ دار إحياء الكتب العربية ــ جـ ٣ ص ١٣٥٨.

(٦) ابن نجيم -الأشباه والنظائر -مرجع سابق ــ ص ٢٧،السيوطي -الأشباه والنظائر-مرجع سابق ص ٩.

(٧) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ١١ كتاب بدء الوحي.

فهذا النوع من القواعد يعد دليلا شرعيا يمكن استنباط الأحكام منها، إذ الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها[1].

أما النوع الثاني من القواعد الفقهية، فهي القواعد التي لا تستند إلى نص من الكتاب أو السنة، وإنما أسسها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية المتشابهة.

وهذا النوع من القواعد محل اختلاف بين الفقهاء في حكم الاحتجاج بها.

فذهب بعض العلماء إلى القول بعدم الاعتداد بها والاعتماد عليها في استخراج الأحكام، وإنما تعد شاهدا يستأنس به ولا يعتمد عليه في تقرير الأحكام الشرعية ، إذ إن الفقهاء ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد. وذلك، لأن معظم هذه القواعد لا تخلو من المستثنيات[2].

فقد تكون المسألة المراد البحث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة، ولذا لا يجوز بناء الحكم عليها، كما أن معظم هذه القواعد محل خلاف بين الفقهاء.

بالإضافة إلى أن هذه القواعد في الحقيقة ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلا من أدلة الشرع. إنما يؤخذ بها بوصفها شواهد يستأنس بها في تخريج القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة، إذ لها فائدة كلية في ضبط المسائل.

ويرى بعض الفقهاء أن هذه القواعد تعد حجة . وهذا القول منسوب إلى بعض فقهاء المذهب المالكي.

ويمكن الجمع بين الرأيين بأن عدم جواز الاستناد إلى إحدى هذه القواعد وحدها

---

(١) راجع د/ على الندوي ـ القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ـ ص ٣٣٠ ، د/ عبد العزيز عزام ـ قواعد الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٢٥ ، د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل ـ أثر القواعد المختلف فيها في اختلاف الفقهاء ـ مرجع سابق ـ ص ٢٧ ، ويلحق بهذه القواعد ما يكون مستنبطا من نص شرعي كقاعدة " **اليقين لا يزول بالشك** " فإنها مستنبطة من قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " **إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيئا أم لا فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا** " . كما يلحق بها ما كان مصدره الإجماع كقاعدة : " **لا اجتهاد مع النص** " انظر د/ نجاح عثمان أبو العينين في ذات الموضع المشار إليه .

(٢) سبق أن علمنا أن القواعد الفقهية تتضمن أحكاما أغلبية أو أكثرية بحيث لا تخلو واحدة منها من المستثنيات، راجع ما سبق في خصائص القاعدة الفقهية.

يكون فيما إذا وجد نص فقهي يمكن الاستناد إليه ، أما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلا لعدم تعرض الفقهاء لها ووجدت القاعدة التى تشملها فعندئذ يمكن الاستناد إليها [1].

وفيما يخص القاعدة محل الدراسة : " **لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان** " سنعرف مدى حجيتها على الأحكام فى موضع لاحق .

---

(1) راجع فى هذا الخلاف : على حيدر – درر الحكام – مرجع سابق – جـ1 ص 10 ، العز بن عبد السلام – القواعد الصغرى – مرجع سابق – ص 5 ، الشيخ / أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية مرجع سابق – ص 35 ، د/ على الندوي القواعد الفقهية – مرجع سابق – ص 329 وما بعدها، د/عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامي – مرجع سابق – ص 25 وما بعدها، د/ محمد سراج أصول الفقه الإسلامي – مرجع سابق – ص 417 ، محمود العكازي – شرح القواعد الفقهية – مرجع سابق ص 64 ، د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين – القواعد الفقهية – مرجع سابق – ص 265 وما بعدها، د/ نجاح عثمان أبو العينين – أثر القواعد المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء – مرجع سابق ص 28- 29.

البـــاب الأول

التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبه به

الباب الأول

التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبه به

وفى هذا الباب نتعرف على حقيقة السكوت من خلال تعريفه وبيـــان عنـــاصره، وأنواعه ، وتحديد نطاقه، ثم التمييز بينه وما يشتبه به من وسائل التعبير عن الإرادة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه.

الفصل الثاني : التمييز بين السكوت وما يشتبه به.

الفصل الأول

تعريف السكوت ، وبيان عناصره، وأنواعه وتحديد نطاقه

الفصل الأول

تعريف السكوت ، وبيان عناصره، وأنواعه وتحديد نطاقه

تمهيد وتقسيم :

فى هذا الفصل نتعرض لتعريف السكوت لغة واصطلاحاً، ونذكر الإطلاقات التى ورد بها السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية ، وبيان عناصر السكوت ، ثم بيان أنواعه وتحديد نطاقه.

وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول : تعريف السكوت لغة واصطلاحا.

المبحث الثاني : إطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية.

المبحث الثالث: عناصر السكوت.

المبحث الرابع: أنواع السكوت وتحديد نطاقه.

المبحث الأول

تعريف السكوت لغة واصطلاحاً

أولا: التعريف اللغوى للسكوت :

ورد السكوت في معاجم اللغة العربية بمعان متعددة منها :

- السكوت بمعنى الصمت. يقال سكت يسكت سكتا وسكوتا وسكاتا بمعنى صمت وانقطع عن الكلام[1].

- السكوت ترك الكلام مع القدرة عليه [2].

وقيل : إنه إمساك عن القول[3] ، فهو خلاف النطق والكلام، أو التعبير الذى هو كشف وإظهار[4].

---

(١) وورد الصمت أيضا بمعنى السكوت، يقال صمت أى سكت، والتصميت التسكيت، والسكوت أيضا ورجل صميت أى سكيت ، وأصمت أى خرس لسانه مع حضور الذهن، ويقال للمال من الذهب والفضة مال صامت، وللإبل والغنم مال ناطق. انظر فى ذلك : ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٤٧، الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص ٣٠٦ باب " سكت " . ومن السكوت بمعنى الصمت ما رواه أبو هريرة ــ رضى الله عنه ــ انه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت " . وفى رواية أخرى : " ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليسكت " . فقد عبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن عدم الكلام بالصمت وبالسكوت. راجع : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ جـ١١ ص ٣٦٢، ص ٣٦٣ كتاب الرقاق باب حفظ اللسان ، ومنه أيضا ما روى أن رجلا قال لأبى سعيد الخدري ــ رضى الله عنه أوصني قال : عليك بالصمت إلا فى حق فإنك به تغلب الشيطان " . انظر : ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ تحقيق د/ محمد أحمد عاشور ــ دار الاعتصام ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م ص٦٦.

(٢) ذكر بعض علماء اللغة العربية انه بالقيد الأخير : " مع القدرة عليه " يفارق الصمت فإن القدرة على التكلم لا تعتبر فيه، وذهبوا إلى أن الصمت أبلغ من السكوت، لأنه قد يستعمل فيما لا قوة له على النطق، ولذا قيل لما لا نطق له الصامت والمصمت، والسكوت يقال لما له نطق فيترك استعماله، ومن ضم شفتيه إنما يكون ساكتا ولا يكون صامتا إلا إذا طالت مدة الضم، ويرون أن إطلاق أحدهما على الآخر "الصمت والسكوت " من الإطلاقات اللغوية العامة . أى إنهم يفرقون بين السكوت والصمت على أساس أن الصمت أعم من السكوت، ولكننا رأينا أن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد عبر عنهما بمعنى واحد هو عدم الكلام مطلقا قادر على الكلام أم لا. راجع فى ذلك ــ محمد مرتضي الزبيدي ــ تاج العروس من جواهر القاموس ــ المطبعة الخيرية بجمالية مصر ــ الطبعة الأولى سنة ١٠٣٦ هـ المجلد الأول ــ ص ٥٥٣، المعلم بطرس البستاني ــ محيط المحيط ــ نشر مكتبة لبنان ــ بيروت سنة ١٢٨٦ هـ جـ١ ص٩٧٢ ، الجرجاني ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص ١٥٩.

(٣) وقد خصه البعض بأنه إمساك عن قول الحق، والصمت إمساك عن قول الباطل دون الحق، المعلم بطرس البستاني ــ محيط المحيط ــ مرجع سابق جـ١ ص ٩٧٢.

(٤) والنطق بمعنى الكلام، وهو خلاف الصمت ، ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٤٧، الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص ٦٦٦.

السكوت بمعنى السكون ، يقال سكت بمعنى سكن[1]، ومنه قوله تعالى " **ولما سكت عن موسى الغضب** " [2].

ومنه السكتُ وهو سكون النفس فى القراءة والغناء، والساكوتة الفصل بين نغمتين بلا تنفس، والسكتات فى الصلاة : السكوت فى حال الافتتاح، وبعد الفراغ، والإسكاتة، سكوت ينتظر بعده كلام[3].

---

(١) والسكون ضد الحركة، سكن الشئ يسكن سكوناً إذا ذهبت حركته، وكل ما هدأ فقد سكن كالريح، والحسر والبرد، ونحو ذلك، وسكن الرجل ، سكت وسكنت الريح، وسكن الغضب. انظر : ابن منظور – لسان العرب – مرجع سابق جـ ١٧ ص٧٣، المعلم بطرس البستاني – محيط المحيط – مرجع سابق جـ١ ص٩٧٢، الرازي – مختار الصحاح – مرجع سابق ص ٣٠٦، الفيومي – المصباح المنير – مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر – بدون تاريخ جـ١ ص ٣٠١. ومن السكوت بمعنى السكون والكف عن الحركة ما روى عن أنس – رضى الله عنه – أنه قال : " صعد النبي – صلى الله عليه وسلم – أحداً ومعه أبو بكر وعمر وعثمان فرجف فقال : اسكن أحد – أظنه ضربه برجله – فليس عليك إلا نبى وصديق وشهيدان " . انظر : ابن حجر – فتح الباري – مرجع سابق – جـ٧ ص٧٢ كتاب فضائل الصحابة، الطبراني – المعجم الأوسط – مرجع سابق – جـ١ ص٢٤١، ص ٤٨٩، مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق – جـ٤ ص ١٨٨٠ – كتاب فضائل الصحابة، ومنه أيضاً ما روي عن جابر – رضى الله عنه – أنه قال : " كان المسجد مسقوفاً على جذوع من نخل فكان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا خطب يقوم على جذع منها، فلما صنع له المنبر فكان عليه فسمعنا لذلك الجذع صوتاً كصوت العشار حتى جاء النبي – صلى الله عليه وسلم – فوضع يده عليها فسكنت " انظر : ابن حجر – فتح الباري – مرجع سابق جـ ٦ ص ٧٣٣ .

(٢) سورة الأعراف ، آية [١٥٤] .

(٣) انظر : ابن منظور – لسان العرب – مجمع اللغة العربية – المعجم الوسيط – مرجع سابق جـ١ ص٣٤٨، الراغب الأصفهاني – معجم مفردات ألفاظ القرآن – مرجع سابق – ص ٢٤٢، الفيروزأبادي – القاموس المحيط – مؤسسة الحلبي وشركاه – بدون تاريخ – المجلد الأول – ص ١٥٠.

ومنه : السكتات فى الصلاة – ما روى عن أبى هريرة – رضى الله عنه – قال : " كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا كبر فى الصلاة سكت هنيهة قبل القراءة ، فقلت يا رسول الله بأبي أنت وأمي أرأيت سكوتك بين التكبير والقراءة، ما تقول؟ قال أقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب، اللهم نقني من خطاياي كما ينقي الثوب الأبيض من الدنس ، اللهم اغسلني من خطاياي بالماء والثلج والبرد " رواه الإمام الشوكاني . وقال : رواه الجماعة إلا الترمذي. انظر : الشوكاني – نيل الأوطار – مرجع سابق جـ١ ص ١٩١ باب ذكر الاستفتاح بين التكبير والقراءة فى الصلاة ومعنى سكت هنيهة أى قليلاً. وفى السكوت فى الصلاة أيضا ما روى عن سمرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – انه كان يسكت سكتتين إذا افتتح الصلاة وإذا فرغ من القراءة كلها، وفى رواية : سكته إذا كبر وسكتة ، إذا فرغ من قراءة غير المغضوب عليهم ولا الضالين " انظر : الشوكاني – نيل الأوطار – مرجع سابق – جـ٢ ص ٢٣٩.

ومن السكوت بمعنى فراغ المؤذن ما ورى عن ابن عمر أن حفصة أم المؤمنين أخبرته أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا سكت المؤذن من الأذان لصلاة الصبح وبدا الصبح ركع ركعتين خفيفتين قبل أن تقام الصلاة " ، انظر : مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق – جـ١٠ ص ٥٠٠ ==

السكوت بمعنى قطع الكلام جبرا. يقال: سُكتَ الرجل وأُسكِت ، انقطع كلامه فلم يتكلم، وتكلم الرجل ثم سكت، فإذا انقطع كلامه فلم يتكلم أو أُسكت أو أفحم قلت أسكت وهو مسكوت، سكته الله تعالى، وجعله يسكت وأسكت الناطق وسكته، وساكته مساكتة فسكت أى غالبه فى السكوت فغلبه[1].

والسكات مصدر ويعني مداومة السكوت، ورماه بسكات أى بما يسكته، وهو مشرف على سكات الأمر أى مشرف على قضائه. والسكوت وصف المبالغة، والسِّكيت الكثير السكوت يقال رجلُ ساكوت إذا كان قليل الكلام من غير عي فإذا تكلم أحسن ورجل سكيت : كثير السكوت صبراً عن الكلام.

والسكيت آخر ما يجئ من الخيل فى الحلبة. ورجل به سكات إذا كان طويل السكات من غير علة[2].

والسكتة داء [3] ، وأصاب فلان سكات إذا أصابه داء منعه من الكلام[4]. والسكتة المرة من السكوت، والسكتة : هيئة السكوت ونوعه . والأسكات ، البقايا من كل شئ والفرق المتفرقة من الناس وغيرهم، والسُّكتَة كل ما أسكت به صبياً أو غيره[5].

=كتاب صلاة المسافرين وقصرها . وقد فسر سكوت المؤذن بأنه الفراغ من الآذان . انظر : الزرقاني ــ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك جـ١ ص ٢١٦.

(١) ويقال سكت ، تعمد السكوت، واسكت أطرق من فكرةٍ أو داء، انظر ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٣٤٧، الزمخشري ــ أساس البلاغة ــ مرجع سابق ص ٢١٥، الفيروزآبادي القاموس المحيط ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ١٥٠، المعلم بطرس البستاني ــ محيط المحيط ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٩٧٢.

(٢) انظر : الزبيدي ــ تاج العروس ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ص ٥٥٣ ، الزمخشري ــ أساس البلاغة ــ مرجع سابق ص٢١٥، الفيومي ــ المصباح المنير ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٠١ الفيروزآبادي ــ القاموس المحيط ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ــ ص١٥٠،الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص ٣٠٦، مجمع اللغة العربية ــ المعجم الوسيط ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٤٨، ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) انظر : الفيروزآبادي ــ القاموس المحيط ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ص ١٥٠، مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٣٤٨.

(٤) ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٣٤٨.

(٥) انظر : الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ــ ص ٣٠٦.

وقد ورد فى الأثر : " إن الكلام ليكتب ، حتى إن الرجل ليسكت ابنه فيقول : ابتاع لك كذا، وأفعل كذا وكذا فيكتب كُذيبة " إذا لم يفعل ، انظر : ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ص٦٣.

وسكت بمعنى مات، يقال : لا اسكت الله لك حسا دعاء بالحياة(١).

وبعد، فهذه بعض معاني السكوت عند أهل اللغة العربية، ويؤخذ من مجموعها ــ كما رأينا ــ انه يعني الصمت ، وعدم النطق ، وترك الكلام، سواء أكان ذلك عمدا، أم اختيارا.

وإذا كان ذلك معنى السكوت فى اللغة ، فهل يأخذ المعنى نفسه فى اصطلاح الفقهاء؟ هذا ما نحاول التعرف عليه فى الموضع التالي مباشرة.

ثانيا: المعنى الاصطلاحي للسكوت:

إن السكوت بوصفه موقفا معينا لا يختلف مدلوله ــ من وجهة نظري ــ في الشريعة الإسلامية عنه فى القانون الوضعي؛ ولذلك سنذكر تعريفاته من غير فصل بين الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي.

وفى إطار تعريف الفقهاء للسكوت، وتحديدهم لمدلوله نجد تعريفات كثيرة، وهي على كثرتها واختلافها يمكن ردها إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول : المسلك العام، الذى يعرف السكوت بمعناه العام من جهة كونه موقفا سلبيا مجردا.

---

(١) ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣٤٧، مجمع اللغة العربية ــ المعجم الوسيط ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٣٤٨.

ومن السكوت بمعنى الموت ما جاء فى قصة ماعز بن مالك الذى اقر على نفسه بالزنا، فقد روى عن أبى سعيد ــ رضى الله عنه ــ " أن رجلا من أسلم يقال له ماعز بن مالك أتى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال : إنى أصبت فاحشة فأقمه على . فرده النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ مرارا، قال: ثم سأل قومه؟ فقالوا ما نعلم به بأسا إلا انه اصاب شيئا يرى انه لا يخرجه منه إلا أن يقام فيه الحد. قال: فرجع إلى النبي : صلى الله عليه وسلم ــ فأمرنا أن نرجمه. قال : فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد . قال : فما أوثقناه ولا حفرنا له قال : فرميناه بالعظم والمدر والخزف قال : فاشتد واشتددنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا. فرميناه بجلاميد الحرة " يعني الحجارة " حتى سكت .. ".

رواه مسلم فى صحيحه ــ جـ ٣ ص ١٣٢١ فى كتاب الحدود ، والشاهد في الحديث الشريف "فرميناه حتى سكت " أى مات. يبين ذلك ما ورد فى رواية أخرى للحديث جاء فيها ".. فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل فضربه وضربه الناس حتى مات " .

أنظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ جـ١٢ ص١٤٦ ، كتاب الحدود فجاء التعبير عن الموت بالسكوت. ، والحديث رواه الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص١٠٣ كتاب الحدود، أبو داود ــ سنن أبى داود جـ٤ ص ١٤٧ كتاب الحدود، الصنعاني ــ سبل السلام ــ جـ٤ ص١٢٧٤.

الاتجاه الثاني: المسلك الخاص، ويعني محاولة وضع تعريف للسكوت بخصوص مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة.

ونورد فيما يلي بعض التعريفات التى تعبر عن هذين المنهجين، ثم نختار تعريفاً مناسباً للسكوت.

١ – تعريف السكوت بالمعنى العام:

نبادر إلى القول بأن السكوت بمعناه العام فى اصطلاح الفقهاء لا يختلف كثيراً عن معناه اللغوى الذى هو الصمت والسكون وعدم الكلام، وذلك على عكس التعبير أو الكلام الذى هو كشف وإظهار[١].

ولذلك ، فقد ذكر علماء التفسير أن السكوت فى الأصل هو السكون، والإمساك وترك الكلام[٢].

وقد وردت تعريفات عديدة للسكوت بهذا المعنى نورد بعضاً منها على سبيل المثال:

- السكوت هو ترك الكلام مع القدرة عليه [٣].
- السكوت هو عدم الكلام أو الكتابة ، أو هو : عدم إتيان فعل أو القيام به[٤].
- السكوت هو موقف سلبي، فهو عدم، والعدم لا ينبئ عن شئ [٥].

---

(١) انظر فى ذلك : د/ صبحي محمصاني ــ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩٤٨ جــ٢ ص ٥٢، د/ عبد الهادي العطافي ــ صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني ــ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ــ مطبعة جامعة القاهرة ــ العدد الأول سنة ١٩٧٤ ص ٨٥، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ دراسة مقارنة ــ مطبعة المدنسي بالقاهرة سنة ١٩٨٠م ص١٠، د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥ م ص٢٣، د/ محمد جمال عثمان جبريل ــ السكوت فى القانون الإداري ــ مرجع سابق ص ٦.

(٢) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ دار الفكر العربي طبعة سنة ١٩٩٥ ــ المجلد الرابع جــ٧ ص٢٦٣، الشوكاني ــ فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية فى علم التفسير ــ دار المعرفة بيروت ــ لبنان ــ بدون تاريخ جــ٢ ص ٢٥٠، محمد رشيد رضا ــ تفسير القرآن الحكيم ــ مطبعة المنار بمصر ــ الطبعة الثانية سنة ١٣٥٠ هــ جــ٩ ص ٢١٣ .

(٣) الجرجاني ــ التعريفات ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٩.

(٤) د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص ١١.

(٥) د/ نزيه محمد الصادق المهدي ــ محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوع فى الالتزام بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٤٩ أعداد من مارس ــ يونية سنة ١٩٧٩، ص٢٣٩ ، == ==د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ــ دراسة فى

- السكوت أمر سلبي بحت غير مقترن بمسلك أو موقف، ولا مصحوب بلفظ أو كتابة أو بإشارة[1].

وهكذا، فهذه بعض تعريفات الفقهاء للسكوت بوجه عام، أي بوصفه موقفاً سلبياً مجرداً، وهذه التعريفات وإن تعددت في شكلها – لفظها – فهي متحدة في مضمونها ومقصودها من السكوت من جهة كونه مجرد موقف سلبي متمثل في ترك الكلام أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل.

٢ – تعريف السكوت بالمعنى الخاص :

إن السكوت بالوصف المتقدم ليس هو السكوت المقصود في مجال التعبير عن الإرادة[2]. ولذلك كان للفقهاء مسلك آخر في تعريفهم للسكوت وهو خاص بتعريفه في مجال التعبير عن الإرادة في العقود خاصة، أو في مجال التعبير عن الإرادة عامة في العقود وجميع التصرفات التي تكون الإرادة أساساً في تكوينها، أو في ترتيب الآثار عليها. ونورد فيما يلي نماذج لتعريف السكوت طبقاً لهذا المعنى الخاص في هذين المجالين، في مجال العقود خاصة، ومجال التصرفات عامة.

فقد عرفه البعض بأنه : " الموقف السلبي الذي يتخذه من يوجه إليه الإيجاب " [3].

وعرفه البعض بأنه : " عدم الرد على الموجب لا بقول ولا بفعل، لكن يستشف

== عبد القادر محمد قحطان – السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات – دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي – رسالة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩١ م ص ٢٦.

(١) د/ مفيد شهاب – الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام – منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي – مجلد ٢٩ سنة ١٩٧٣ ص ٢٣ ، وقريب منه د/ عبد الهادي العطافي – صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني – مرجع سابق ، ص ٨٥.

(٢) انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان – السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات – مرجع سابق ص٣٠، د/ عبد الودود يحي – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – المصادر – الأحكام – الإثبات – دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ م ص ٤٢.

(٣) د/ عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – مصادر الالتزام – مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤م ص١٧٢، د/ على محي الدين القرداغي – مبدأ الرضا في العقود – دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون مع بيان موقف القانونين المصري والعراقي منه – رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٥م ص ١١٦٩، د/ عبد القادر محمد قحطان – السكوت المعبر عن الإرادة – مرجع سابق – ص ٣١.

منه الرضا بما عرضه عليه من خلال القرائن" (١).

وعرفه البعض بأنه : " الصمت المطلق الذى تحيط به قرائن فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد " (٢).

هذه بعض تعريفات السكوت فى مجال إنشاء العقود فقد ركزت على بيان معنى السكوت بوصفه موقفًا سلبيًا ممن وُجّه إليه الإيجاب بصدد إنشاء عقد من العقود.

وهنالك تعريفات أخرى للسكوت، تركز على بيان معنى السكوت فى مجال التعبير عن الإرادة عامة، فى إنشاء العقود والتصرفات الإرادية كافة، نذكر منها ما يلي:

عرفه البعض بأنه : " حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شئ ينبئ عن الإرادة ويدل عليها " (٣).

وعرفه البعض بأنه.: " التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل قد يحمل معنى التعبير عن الإرادة إذا لابسته ظروف معينة " (٤).

وعرفه البعض بأنه : " إخفاء وكتمان ، وهو ما يختزنه الشخص فى طيات نفسه من إرادة، أو عدم التعبير عن الإرادة بنوعيه الصريح والضمني " (٥).

---

(١) وقريب منه ما ورد بأن السكوت هو : " عدم الرد على الموجب لا بقول ولا بفعل لكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التى تحفه " . انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة مرجع سابق ــ ص ٣٢، د/ على محي الدين القرداغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص١١٥٦ .

(٢) د/ على محي الدين القره داغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ــ ص ١١٥٥.

(٣) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٨٤م ص ١٦، د/ محمد جمال عثمان جُبريل ــ السكوت فى القانون الإداري فى التصرفات الإدارية الفردية ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ م ص ٦.

(٤) انظر : د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي مكتبة النهضة المصرية ــ الطبعة الأولى ــ بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة ــ ع س٢٢ ص٢٦٤، د/ ثروت فتحي إسماعيل ــ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ أبريل سنة ١٩٧٨ ص٨٦، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٤.

(٥) انظر : د/ عبد الهادي العطافي ــ صور من طرق التعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٨٥، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص١٠، د/ محسن البيه مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ــ ص٢٣، د/ سليمان مرقس ــ الوافي فى شرح القانون المدني ــ جـ٢ فى الالتزامات ــ المجلد الأول ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧ م ص ١٣٨.

وعرفه البعض بأنه : " اتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة " [١].

وبعد : فهذه بعض تعريفات الفقهاء للسكوت بمعناه الخاص ــ أى فى مجال إنشاء العقود وفى مجال التعبير عن الإرادة عامة.

ويلاحظ عليها أنها تؤدي المعنى نفسه برغم اختلافها فى ألفاظها ومعناها ، فهى تتفق فى بيان معنى السكوت بوصفه موقفًا سلبيًا غير مصحوب بلفظ ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة أو أى فعل يدل على إرادة معينة، سواء أكان ذلك بصدد إنشاء عقد من العقود، أم تصرف من التصرفات عامة وذلك فى مجال المعاملات والعلاقات المالية أو فى مجال علاقات الأسرة أو فى غيرها من المجالات التى يلزم فيها التعرف على الإرادة نحو تصرف معين.

كما يلاحظ على هذه التعريفات أن بعضها يقتصر على بيان نوع من السكوت وهو السكوت المجرد أو البسيط، وهو ما يكون ساكناً فى ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستنتاج أى إرادة منه[٢]. وهذا السكوت لا دلالة له على الإرادة كما سنرى لاحقًا.

ومن هذه التعريفات ــ التعريف الأول ــ الذى جاء فيه أن السكوت هو : "الموقف السلبي الذى يتخذه من يوجه إليه الإيجاب " . وكذلك التعريف الذى جاء به أن السكوت هو : " حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شئ ينبئ عن الإرادة ويدل عليها " [٣].

فهذان التعريفان اقتصرا على بيان السكوت المجرد والتمثل فى الموقف السلبي الذى يتخذه الشخص الموجه إليه الإيجاب ــ بصدد إنشاء عقد ــ أو من يعني بالأمر المسكوت عنه عامة ــ بصدد إنشاء عقد أو غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة ــ حيث يلتزم هذا الشخص موقفًا سلبيًا يتمثل فى عدم إجابته لا بقول ولا بفعل من كتابة أو

---

(١) د/ عبد الودود يحي ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ مرجع سابق ــ ص٢٤، د/ محمود عبد الرحيم الديب ــ الوجيز فى مصادر الالتزام ــ جـ١ سنة ١٩٩٨م ص٣١.

(٢) انظر : د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص٢٦٤ د/ثروت فتحي إسماعيل ــ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٨٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي سنة ١٩٨٤م ص ١٠٠ د/جلال العدوي ــ أصول الالتزامات ــ مصادر الالتزام ــ منشأة المعارف سنة ١٩٩٧م ص ٩١.

(٣) راجع تعريفات السكوت.

إشارة أو أى فعل آخر يدل على وجهة إرادته حيال الأمر المسكوت عنه، بحيث لا ينم هذا الموقف عن أى دلالة معينة، ولا يعد دليلاً أو إظهاراً للإرادة.

كما نجد أن بعض هذه التعريفات لا يقتصر على بيان السكوت المجرد فحسب وإنما تضمن أيضا السكوت غير المجرد أو السكوت الذى قد يدل على الإرادة، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامي " بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان" ويعرف فى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الموصوف، والسكوت الملابس.

ومن أمثلة هذه التعريفات ما عرف السكوت بأنه : " عدم الرد لا بقول ولا بفعل، ولكن يفهم منه الرضا من خلال القرائن التى تحفه" ، وأيضاً ما عرف السكوت بأنه : " الصمت المطلق الذى تحيط به قرائن ، فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد ".

فهذان التعريفان اشتملا على بيان السكوت المجرد، والسكوت الملابس بقرائن وظروف يمكن من خلالها التعرف على الإرادة، فالسكوت الملابس فى القانون الوضعي هو : " ذلك السكوت الذى تصاحبه ملابسات وظروف تشير بأنه يعبر عن الإرادة فى معنى معين : " [1]. أى إن هذا السكوت وإن كان ساكناً فى ظاهره فإنه فى باطنه متجه لإحداث أثر قانوني، بحيث يمكن أن يستخلص منه اتجاه الإرادة من خلال الظروف المقارنة له.

أما السكوت الموصوف فهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام

---

(١) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط فى شرح القانون المدني ــ نظرية الالتزام بوجه عام ــ مصادر الالتزام ــ دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان بدون تاريخ ص٢٢٤، د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٦٤، د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ــ جـ ١ ــ مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦٨م ص٨٤، د/ فتحي إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص٨٧، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ص١٠٢، د/ نزيه محمد الصادق المهدي ــ محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص ٩٧، د/ عبد الرازق حسن فرج دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص٩٧، د/ أحمد حسن البرعي ــ نظرية الالتزام فى القانون المغربي ــ مصادر الالتزام ــ العقد ــ دار الثقافة ــ الدار البيضاء ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م، د/ محمد لبيب شنب ــ دروس فى نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزام ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م ص٩١، د/ عبد الودود يحيي ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ المصادر والأحكام ــ الإثبات ــ مرجع سابق ــ ص ٤٢، د/ جلال العدوي ــ أصول الالتزامات ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٩٢، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ــ وزارة العدل ــ مطبعة دار الكتاب العربي ــ جـ٢ مصادر الالتزام ص ٥٨.

معتبرًا أن السكوت رضا أو رفض، وحينئذ يتعهد القانون ببيان أحكام السكوت وتنظيمها، سواء تمثل القانون فى النص التشريعي ، أم العرف ، أم اتفاق الطرفين على اعتبار السكوت رضا، إذ ينزل هذا الاتفاق منزلة نص القانون أو العرف فى هذا المجال[1].

وسمى هذا النوع من السكوت موصوفًا؛ لأن المشرع وصفه ونظم أحكامه واعتد به تعبيرًا عن الإرادة فى كل نص على حدة سواء أكان هذا الوصف من نص تشريعي، أم عرف ، أم اتفاق بين الطرفين[2].

ثالثًا: التعليق على تعريفات الفقهاء للسكوت وبيان التعريف المناسب له:

بعد أن عرضنا بعض تعريفات الفقهاء للسكوت سواء أكان مجرد موقف سلبي أم فى مجال العقود أم فى مجال التصرفات الإرادية عامة، ينبغي أن نختار تعريفا جامعا للسكوت يستوعب كل هذه المجالات، كما يستوعب حالات السكوت أو أنواعه التى أشرنا إليها وهى السكوت المجرد، والسكوت المعبر عن الإرادة، الذى يعرف فى الفقه الإسلامي بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان، وفى القانون الوضعي السكوت الموصوف، والسكوت الملابس. ذلك لأنه من المعلوم انه يشترط فى التعريف أن يكون جامعا لكل أفراد المعرف الذى تندرج تحته، مانعا من دخول غير أفراده فيه، خاصة أن التعريفات التى ذكرناها لا يكفي أحدها بمفرده لبيان ذلك.

لأن كل تعريف منها يعبر عن وجهة نظر صاحبه، لذلك وجدنا بعضها يعرف السكوت تعريفا عاما مجردا، وبعضها يعرفه بالنظر إلى دلالته على الرضا فى العقود خاصة، وبعضها يعرفه بالنظر إلى دلالته على الإرادة عامة. ومن ثم لم نجد فيما

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ــ المرجع السابق ــ هامش ص٢٢٤، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٥٨، د/ محمد لبيب شنب ــ دروس فى نظرية الالتزام ــ مرجع سابق ص٨٩، د/ نزيه محمد الصادق المهدي ــ محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٢٥٥، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص ٩٤، د/ على محي الدين القره داغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ــ ص ١١٧٨، د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ــ ص ٥٣، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت ... عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص ٢٦.

(٢) راجع ما ذكرناه من تعريفات للسكوت.

عرضنا من تعريفات تعريفًا جامعًا للسكوت[1].

ولعل أقرب تعريف ـ من وجهة نظري ـ يقرب معنى السكوت بمعناه العام والشامل هو ما ذكره أحد الباحثين المعاصرين حيث عرف السكوت بأنه : " التزام موقف سلبي لا يصحبه قول أو فعل ينبئ عن الإرادة، ولكن تحيط به ظروف معينه أو أوصاف قانونية تخلع عليه دلالة التعبير عن الإرادة بقبول أمر معين أو رفضه وبما شابه ذلك "[2].

ولكن، هذا التعريف أيضا يلاحظ عليه انه خاص بنوع معين من السكوت وهو السكوت المعبر عن الإرادة، سواء أكان ملابساً ـ دل عليه فى التعريف ـ قوله : "ولكن تحيط به ظروف معينة " ـ أم كان موصوفاً ـ دل عليه فى التعريف قوله: " أو أوصاف قانونية ". وهذا بالطبع متسق مع موضوع الباحث وهو : " السكوت المعبر عن الإرادة " .

ولما كان موضوع بحثي هو : " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامي" فإن هذا التعريف لا يدل دلالة كاملة على السكوت المقصود فى هذا البحث، إذ إن السكوت المجرد يمكن أن تترتب عليه أحكام شرعية ـ تكليفية أو وضعية ـ بالرغم من انه لا يمكن أن يكون دليلاً على الإرادة.

لذلك رأيت أن أعرف السكوت تعريفاً شاملاً لأنواعه، بحيث يستوعب السكوت المجرد ـ البسيط ـ الذى لا دلالة له على الإرادة ، كما يستوعب السكوت الذى قد يكون دليلاً على الإرادة ، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامي " بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان " ، ويعرف فى الفقه الوضعي بالسكوت الموصوف، أو السكوت الملابس.

والتعريف الذى أرى انه يحقق معنى السكوت فى بحثنا هذا هو تعريفه بأنه : "**موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل** " .

---

(١) راجع ما ذكرنا فى تعريفات للسكوت.

(٢) د/عبد القادر محمد قحطان –السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ـ ص٣٥.

شرح التعريف:

المراد بالموقف السلبي، أى إن السكوت موقف يلتزم فيه الساكت بالصمت وعدم الكلام، هذا الموقف السلبي يشمل " السكوت الحقيقي " وهو عدم الكلام، كما يشمل "السكوت الحكمي " ، الذى يتمثل فى عدم اتخاذ هذا الشخص أى موقف أو مسلك يدل على إرادته حيال الأمر المسكوت عنه، كعدم مطالبته بحقه لدى مدينه بالطرق الشرعية وعدم مطالبة الشفيع بحقه فى الشفعة إلى غير ذلك. فالتعبير بالموقف السلبي شامل لكل ما يمكن أن يوصف بالسكوت، سواء أتمثل ذلك فى الصمت وعدم الكلام أم تمثل فى ترك فعل معين، الامتناع عن القيام بأمر معين ، فيستوي فى ذلك السكوت عن المطالبة القولية، أو الفعلية بالحق، كرفع دعوى الشفعة أو الحيازة مثلا، ومن ذلك ما روى أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " الشفعة للشريك والجار حتى يتركاها " [(١)].

هذا الموقف السلبي يتخذه شخص ما حيال أمر معين يتعلق بحق من حقوقه المالية أو الشخصية، بحيث ينتظر منه أن يعبر عن إرادته تجاهه.

هذا الشخص الساكت يفترض فيه أن تكون له إرادة معتد بها شرعاً وهذا يقتضي أن تكون له أهلية[(٢)] التعبير عن هذه الإرادة تعبيراً سالماً من العيوب

---

(١) الطبراني ــ المعجم الأوسط ــ تحقيق محمود الطحان ــ مكتبة المعارف بالرياض ــ الطبعة الأولى ــ سنة ١٩٨٥ جـ٢ ص ١٦٢.

(٢) الأهلية فى اللغة هى الصلاحية ، أى صلاحية من يتصف بها لصدور ذلك الشئ عنه وطلبه منه يقال فلان أهل لهذا الفعل إذا كان صالحاً للقيام به، أما فى الاصطلاح فهى: " صفة فى الشخص تجعله صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات ويصح منه التصرفات " . وهى نوعان : أهلية وجوب وهى صلاحيته لأن تجب له الحقوق وتجب عليه الالتزامات أو الواجبات وهى نوعان ناقصة وكاملة ، فالناقصة هى صلاحيته لثبوت الحقوق له دون أن تلزمه حقوقاً لغيره وهى تثبت للجنين قبل ولادته، والكاملة هى صلاحيته للوجوب له وعليه. وأهلية أداء وهى صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة فى نظر الشارع، وهى أيضاً نوعان: ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل فإن كان تمييزه قاصراً كانت أهلية أدائه قاصرة أو ناقصة، وإن كان تمييزه تاماً وعقله كاملاً كانت أهلية أدائه كاملة.

أنظر فى ذلك: د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥م ص٢٦٩، د/ أحمد أبو الفتح ــ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ــ مطبعة النهضة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ ص ١٤١ وما بعدها، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٨٧ م ص ٣١٦ وما بعدها د/ عبد الودود السريتي ــ النظريات العامة فى الفقه الإسلامي ــ المكتب العربي للطباعة والنشر سنة ١٩٨٦م ص٢٠٠، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مؤسسة ==

كالغلط، أو الإكراه، أو التدليس ولم يتوافـــر فى حقه عارض من عوارض الأهليـــة[1].

كما يشترط فيه كذلك أن تكون لديه القدرة على التكلم، أى ليـــس مصمتـــاً، أى لا نطق له وليس سكوته من علة[2]، ولديه حرية كاملة فى أن يتكلم أو لا يتكلم ولا يمنعـه من التكلم والتعبير عن إرادته مانع، سواء أكان ذلك المانع مادياً مثل الإكـــراه البدنـــي كتهديد بسلاح مثلا، أم كان مانعاً أدبياً كالحياء، وما يسمى بالنفوذ الأدبي مثل نفوذ الأب على ابنه، والزوج على زوجته ، والرئيس على مرؤوسيه ، وهكذا ممـــا لا يســـتطيع معـــه الساكت أن يعبر عن إرادته.

كما يشترط فى الساكت أيضاً أن يكون عالماً بالأمر المسكوت عنه، وهو محـــل السكوت، سواء أكان بصدد عقد أم تصرف يكون الساكت طرفاً به أو له حق أو عليـــه بسبب هذا التصرف، أو كان المسكوت عنه واقعة شرعية، وهـــى تلـــك الأحـــداث أو الصفات التى جعلها الشارع أسباباً لحقـــوق تـــترتب عليـــها. كالاســـتيلاء ، والنســـب والغصب، والولادة ، والوفاة ، والجوار، والحيازة ، وما إلى ذلك من الأمور التى تمس حقاً أو مركزاً للشخص الساكت[3].

==الثقافة بالإسكندرية بدون تاريخ ص٢٢٤، د/ محمد أحمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإســلامي ــ بدون تاريخ ص ٦٣ وما بعدها، د/ محمد زكي عبد البر ــ الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ــ دار القلم ــ الكويت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٢م ص ٦٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقـــه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٣٠٢ وما بعدها .

(١) عوارض الأهلية هى الأمور التى تعرض للشخص فتؤثر فى عقله وتمييزه، وتمنع قدرته علـــى الإدراك منعاً تاماً أو جزئيا فترة مؤقتة أو دائمة، وقد تكون العوارض سماوية لا اختيار للشخص فـــى اكتســـابها كالجنون والعته والمرض والنسيان، وقد تكون مكتسبة ، كالسكر والجهل والهزل، وقد يترتب عليها زوال الأهلية تماما، أو نقصانها ، تسقط كما فى العته والرق وقد لا تزول ولا تنقص ولكن تتغير بعض الأحكام بالنسبة لمن أصيب بها لصالحه ولصالح المجتمع كما فى السفه والدين والسكر. انظر فى ذلك تفصيـــلاً : د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد ــ مرجع سابق ــ ص٣٢٦وما بعدها، د/ عبد الكريـــم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) سبق فى تعريف السكوت فى اللغة أن المصمت هو ما لا نطق له وأن الرجل يكون مصاباً بســـكات إذا كان طويل السكات من علة. راجع : الزبيدي ــ تاج العروس ــ مرجع سابق ــ المجلـد الأول ص٥٥٣ الزمخشري ــ أساس البلاغة ــ مرجع سابق ص٢١٥، وراجع أيضاً تعريف السكوت لغة.

(٣) الفرق بين التصرف والواقعة، أن التصرف يقصد به أن تتجه الإرادة لإحداث أثر معين، أمـــا الواقعـــة فيقصد بها أحداث واقعة وصفات قائمة جعلها الشارع اسباباً لحقوق تترتب عليـــها ، كمـــا هـــو الشـــأن بخصوص الفعل الضار أو النافع أو الولادة أو الوفاة. انظر فى ذلك : د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي- مرجع سابق ص٣١، د/لاشين الغياتي-الإرادة المنفردة كمصـــدر للالـــتزام بين النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ــ مكتبة جامعة طنطا ــ ==

فلابد أن يكون الساكت عالماً بالأمر المسكوت عنه، الذى يفترض أن يكون أمراً يتعلق به حق له أو عليه، إذ لا يتصور أن يقال بأن الساكت قد قبل أو رفض أمراً ما دون أن يكون عالماً بهذا الأمر ابتداء، كما لا يتصور أن ينتظر من الساكت قبول أمر أو رفضه من غير أن يكون له علاقة به [1].

هذا الموقف السلبي يفترض انه غير مصحوب بقول، ولا فعل من كتابة، أو إشارة مفهومة تدل على الموافقة كهز الرأس عمودياً، أو تدل على الرفض كهز الرأس أفقيا وغير ذلك من الإشارات التى يمكن من خلالها التعرف على إرادة هذا الشخص. كما لا يصاحب هذا الموقف أى فعل آخر يدل على الإرادة كما فى المعاطاة، والتعبير بطريق الدلالة الفعلية، التى سنتناولها بالتفصيل فى موضع لاحق من البحث[2]. فلو صدر من الساكت شئ من ذلك ـــ من قول أو فعل ـــ فلا يكون موقفه سلبياً، وإنما يكون الموقف إيجابياً تستفاد منه الإرادة.

لا يدل على الإرادة : هذه العبارة فى التعريف تعد بياناً للأثر المترتب على السكوت المتمثل فى الموقف السلبي غير المصحوب بقول ولا فعل يدل على الإرادة وهو ما يعرف بالسكوت المجرد- البسيط - فهذا السكوت لا دلالة له بذاته على الإرادة. لأن دلالته احتمالية ظنية فلا تكون حجة فى استنباط الإرادة التى هى أساس العقود والتصرفات، فلا شك فى أن انتزاع الرضا من سكوت مجرد فيه نوع من الظلم والافتراء والضرر، وكل ذلك منهى عنه بنصوص الشرع، إذ قد يكون السكوت نتيجة عدم الانتباه، أو الشرود، أو عدم الاكتراث، أو الاستهزاء، أو الاستغراب، أو الموافقة أو الرفض ، أو الانكار إلى غير ذلك من المعاني التى تتردد دلالة السكوت بينها بحيث يصعب الاعتماد على أحدها من غير استناد إلى فعل ، أو قرينة ترجحها، فمع تعدد احتمالات أسباب التزام هذا الموقف السلبي وصعوبة تحديد أحدها على جهة القطع واليقين تكون دلالته ظنية لا يعتد بها دليلاً على الإرادة فى أى صورة من صورها[3].

== الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦ ـ ص ٥، ولسيادته أيضا خيار الرؤية وأثره على العقد بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ـــ منشور بمجلة الشريعة والقانون إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ع٢ يونية سنة ١٩٨٦م ص ٨٧، د/ عبد القادر محمد قحطان ـــ السكوت المعبر عن الإرادة ـــ مرجع سابق ـــ ص٨٨٥.

(١) د/عبد القادر محمد قحطان ـــ السكوت المعبر عن الإرادة واثره فى التصرفات ـــ مرجع سابق ص٨٨٥.

(٢) انظر ما سيأتي فى التمييز بين السكوت وبين غيره من وسائل التعبير عن الإرادة .

(٣) انظر ما سيأتي توضيحه فى الأصل فى دلالة السكوت.

فهذا الجزء من التعريف : " موقف سلبي لا يدل على الإرادة " يبين السكوت المجرد الذى لا يدل بذاته ــ من غير قول ولا فعل ولا دليل آخر ــ على الإرادة . وهو الذى قصده الفقهاء بقولهم : "لا ينسب إلى ساكت قول " . وهو الشق الأول من القاعدة الفقهية التى صاغها الفقهاء القدامى فى سبيل دلالة السكوت على الإرادة الذى يقرر أن الأصل فى السكوت أنه لا دلالة له على الإرادة.

إلا عند الحاجة بدليل : هذا الجزء من التعريف يتضمن الإشارة لنوع آخر من السكوت، عده الفقه الإسلامي دليلاً على الإرادة على سبيل الاستثناء من الأصل المقرر فى ذلك، الذى أشار إليه صدر التعريف.

والسكوت الذى قد تكون له دلالة استثنائية على الإرادة هو الذى قصده الفقهاء المسلمون بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " وهو الشق الثاني من القاعدة الفقهية المشار إليها سابقا.

فإذا كان الأصل عدم الاعتداد بالسكوت فى مجال التعبير عن الإرادة ، فهذا صادق على السكوت المجرد ــ البسيط ــ ولكن السكوت فى حالات معينة يكون دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها. وذلك عندما تكون هناك حاجة تدعو إلى الاعتداد بالسكوت وعده بياناً أى عند الخشية من وقوع ضرر بنفس أو مال، أو أى مصلحة من المصالح التى قصد الشرع المحافظة عليها.

ولما كان السكوت يعد بياناً عند الحاجة على سبيل الاستثناء، فلابد من وجود دليل لذلك من نص، أو عرف ، أو قرينة أى دلالة حال، يؤيد الخروج عن الأصل فى دلالة السكوت، وعده دليلاً على الإرادة دفعا للحاجة ، ورفعاً للحرج والمشقة، وذلك يتفق مع الأسس العامة للتشريع الإسلامي التى تدعو إلى التيسير عن المكلفين، ورفع الحرج والمشقة عنهم.

والسكوت المعبر عن الإرادة فى الفقه الإسلامي هو ما يعرف بالسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان ، ويعرف فى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الموصوف إذا تحددت دلالته عن طريق نص أو عرف أو اتفاق، أو السكوت الملابس إذا تحددت دلالته من خلال الظروف والقرائن.

وعد السكوت دليلاً على الإرادة عند الحاجة، يبين أن الفقه الإسلامي لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت التزاماً مطلقاً، بل خرج عليه معتداً بالسكوت عند الحاجة

استثناء، ويراعى أن الدلالة هنا لم تحصل من مجرد السكوت بل منه مع ما انضم إليه من نص، أو قرينة أى دلالة حال[1]، إذ لو كان السكوت مجرداً لاندرج حكمه تحت المبدأ العام فى دلالة السكوت.

وهكذا يكون تعريفنا للسكوت شاملاً للسكوت المجرد الذى لا دلالة له على الإرادة والسكوت الذى قد تكون له دلالة استثنائية عليها. وسوف نتعرض لذلك تفصيلاً فى موضع لاحق.

---

(١) انظر : ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ــ الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هــ ج١، ص١٠٦ ، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩م ص ٢٢٣ ،وراجع ما سيأتي لاحقا فى الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت.

المبحث الثانى

اطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية

ورد السكــوت فى القرآن الكريم وفى السنة النبوية المطهرة بإطلاقــات متعــددة نذكر منها ما يلى:

أ ــ جاءت كلمة السكوت فى القرآن الكريم فى موضع واحد وقد استعملت فى هذا الموضع بمعنى " سكن " فى قوله تعالى: " **ولما سكت عن موسى الغضب أخذ الألــواح وفى نسختها هدى ورحمة للذين هم لربهم يرهبون**"[1].

فالآية الكريمة تضمنت كلمة " سكت " والمراد منها كما ذكر علماء التفسير أنــها بمعنى " سكن " بالنون. وأصل السكوت السكون والإمساك، يقال جرى الوادى ثلاثاً ثــم سكن أى أمسك عن الجرى. وقال عكرمة: سكت موسى عن الغضب، فهو من المقلوب. كقولك : أدخلت الإصبع فى الخاتم، وأدخلت الخاتم فى الإصبع. وقرئ ســكن وســكت وأسكت أى أسكته الله وأخوه باعتذاره إليه[2]. وذكر الإمام الطبرى فى تفسير هذه الآيــة الكريمة. ولما سكت ... أى ولما كف موسى عن الغضب وكذلك كل كاف عــن شــئ ساكت عنه، وإنما قيل للساكت عن الكلام ساكت لكفه عنه.. يقال سكت عن الحزن وعن كل شئ إذا كف عنه[3].

---

(١) سورة الأعراف، آية [١٥٤] .

(٢) القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الرابع ص٢٦٣، الألوسى ــ روح المعــانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى ــ دار الطباعة المنيرية مصر ــ بدون تاريخ ــ الجزء التاســع ص٧١، الشوكانى ــ فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية فــى علــم التفســير ــ دار المعرفــة بيروت ــ لبنان بدون تاريخ ــ الجزء الثانى ص٢٥٠، الرازى ــ التفسير الكبير ــ دار الكتب العلميــة طهران ــ الطبعة الثانية جديدة بدون تاريخ ــ الجزء الخامس عشر ص١٤، ابن كثير ــ تفسير القــرآن العظيم ــ عيسى البابى الحلبى وشركاه ــ بدون تاريخ ــ الجزء الثانى ص٢٤٩، القاسمى تفسير القاسمى المسمى محاسن التأويل ــ تصحيح محمد فؤاد عبد الباقى ــ دار إحياء الكتب العربيــة عيســى البــابى الحلبى وشركاه بدون تاريخ ــ الجزء السابع ــ ص٢٨٦٣.

(٣) انظر الإمام الطبرى ــ جامع البيان فى تفسير القرآن ــ المطبعة الأميرية الكبرى ــ الطبعة الأولى ســنة ١٣٢٣هـ ــ الجزء التاسع ص٤٩، وجاء فى تفسير الآية الكريمة أيضاً: أنه لما ذهــب عــن موســى الغضب لما أعطى الله موسى التوراة فى سبعة ألواح من زبرجد فيها تبيان لكل شئ وموعظــة التــوراة مكتوبة، فلما جاء بها فرأى بنى إسرائيل عكفوا على العجل، فرمى التوراة من يده فتحطمت فأقبل علــى هارون وأخذ برأسه، ولما ذهب غضبه وسكن أخذ الألواح.. الخ، وهذا وصف مبالغة حيث إنــه جعــل الغضب الحاصل له على فعل كالآمر به حتى عبر عن سكونه بالسكوت، وهو هنا مجاز تشــبيه أو ==

فالقرآن الكريم وردت به كلمة " السكوت " بمعنى السكون، وهذا هو الموضع الوحيد الذى ذكرت فيه كلمة السكوت فى القرآن الكريم وأما فى السنة النبوية فقد وردت كلمة السكوت فى أحاديث كثيرة بمعانٍ متعددة نذكر منها ما يلى:

أولاً: ورد السكوت فى السنة بمعنى ترك الكلام مطلقاً، وعدم النطق، وهو كثير نكتفى بذكر أمثلة له فقط.

فمنها: ما ورى عن أبى شريح الخزاعى أن النبى - صلى الله عليه وسلم ــ قال: **"من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليسكت" وفى رواية.. " أو ليصمت "**[1].

ومنها: ما روى عن السيدة عائشة ــ رضى الله عنها ــ أنها قالت " قلت يا رسول الله يستأمر النساء فى أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت فإن البكر تستأمر فتستحى فتسكت، قال: سكاتها إذنها "[2] فنرى أن السكوت هنا استعمل بمعنى عدم الكلام.

== تمثيل مبنى على تصوير الغضب فى شخص ذى قوة يأمر وينهى فيطاع، قال الزمخشرى.. كأن الغضب كان يغريه على ما فعل ، ويقول له: قل لقومك كذا، وألق الألواح، وجر برأس أخيك إليك فترك النطق بذلك وقطع الإغراء، والمعنى أنه لما سكت غضب موسى باعتذار أخيه، انظر فى تفسير الآية الكريمة البيضاوى ــ أنوار التنزيل وأسرار التأويل ــ شركة مكتبة مصطفى البابى الحلبى الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨ ــ الجزء الأول ص٣٧١، السيوطى ــ تفسير الدر المنثور فى التفسير المأثور ــ دار الفكر للطباعة ــ بيروت ــ لبنان ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ المجلد الثالث ص٥٦٦، محمد رشيد رضا ــ تفسير القرآن الحكيم ــ مطبعة المنار بمصر ــ الطبعة الثانية سنة١٣٥٠هـ ــ الجزء التاسع ص٢١٣، سيد قطب ــ فى ظلال القرآن ــ دار الشروق ــ الطبعة الثانية عشرة سنة ١٩٨٦ المجلد الثالث ص١٣٧٦.

(١) ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ١١ ص٣٦٣ كتاب الرقاق ، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ١ ص٦٨،٦٩.

(٢) ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ١٢ ص٣٨٥ كتاب الإكراه، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٠٣٧ كتاب النكاح، الصنعانى ــ سبل السلام ، مرجع سابق ــ جـ٣ ص٩٩٠،٩٩١ إذن البكر واستئمار الثيب، ومن السكوت بمعنى عدم الكلام فى السنة أيضا ما روى عن أبى بكر ــ رضى الله عنه ــ أنه قال: " كنت مع النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى الغار، فرفعت رأسى فإذا أنا بأقدام القوم، فقلت: يانبى الله لو أن بعضهم طأطأ بصره رآنا، قال: اسكت يا أبا بكر اثنان الله ثالثهما" ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ٧ ص٣١٨، ومن ذلك أيضا ما ورى عن أبى ثعلبة الخشنى عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه قال : " إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها " وفى رواية " وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها ولا تبحثوا عنها" انظر فى==

ثانياً: وردت كلمة السكوت فى السنة وأريد بها ترك الكلام فى الصلاة أو عدم الجهر بالقول فيها، ومن ذلك : ما روى عن سمرة عن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ " أنه كان يسكت سكتتين إذا افتتح الصلاة، وإذا فرغ من القراءة كلها" ، وفى رواية: سكتة إذا كبر، وسكتة إذا فرغ من قراءة غير المغضوب عليهم ولا الضالين"[1]. فقد ورد السكوت هنا بمعنى ترك الكلام فى الصلاة ، إلا أنه لم يكن سكوتاً مطلقاً أى محضاً، لأن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ كان يدعو عند سكوته فى الصلاة[2].

ومنه ما رواه الإمام أحمد فى مسنده عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ قال "قرأ رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فيما أمر أن يقرأ فيه وسكت فيما أمر أن يسكت فيه، قد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة، وما كان ربك نسياً " [3].

ثالثاً: وردت كلمة السكوت فى السنة أيضاً بمعنى فراغ المؤذن من الأذان، فقد روى عن ابن عمر ــ رضى الله عنهما ــ أن حفصة أم المؤمنين أخبرته أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ كان إذا سكت المؤذن من الأذان لصلاة الصبح وبدا الصبح

==هذا الحديث: الحاكم ــ المستدرك على الصحيحين فى الحديث ــ مرجع سابق جـ٤ ص١١٥ كتاب الأطعمة، البيهقى ــ السنن الكبرى ــ مرجع سابق جـ١٠ ص١٢ باب ما لم يذكر تحريمه.

(١) انظر: الشوكانى ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٣٩. وقد ورد الحديث عن سمرة أيضاً بروايات أخرى بنفس المعنى انظر فى ذلك: أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٠٤ كتاب الصلاة، باب السكتة عند الافتتاح، الترمذى ــ سنن الترمذى ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣١. أبواب الصلاة، الإمام بن القيم ــ زاد المعاد فى هدى خير العباد ــ دار الفكر بدون تاريخ جـ١ ص٥٢ فى هديه ــ صلى الله عليه وسلم ــ فى الصلاة.

(٢) يدل على ذلك ما روى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ قال : كان رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ إذا كبر فى الصلاة سكت هنيهة قبل القراءة، فقلت يا رسول الله بأبى أنت وأمى أرأيت سكوتك بين التكبير والقراءة ما تقول؟ قال: أقول: " اللهم باعد بينى وبين خطاياى كما بعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقنى من خطاياى كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، اللهم اغسلنى من خطاياى بالثلج والماء والبرد" رواه الإمام الشوكانى، وقال : رواه الجماعة إلا الترمذى. انظر: الشوكانى ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص١٩١ باب ذكر الاستفتاح بين التكبير والقراءة فى الصلاة، ومعنى : سكت هنيهة أى قليلاً ، فقد استعملت كلمة السكوت فى الحديث الشريف بمعنى عدم رفع الصوت أو الجهر بالدعاء فى هذا الموضع من الصلاة، وهذا يعنى أن سكوته ــ صلى الله عليه وسلم ــ لم يكن سكوتاً مطلقاً أى محضاً. بدليل سؤال أبى هريرة... ما تقول؟ فدل على أن هناك قولاً ، والرسول ــ صلى الله عليه وسلم أخبره بما كان يقول فى هذه السكتة من الدعاء.

(٣) انظر: الإمام أحمد ابن حنبل ــ المسند ــ دار المعارف للطباعة والنشر بمصر سنة ١٩٤٨ شرح وفهرسة أحمد محمد شاكر. مرجع سابق جـ٥ ص٣٦.

ركع ركعتين خفيفتين قبل أن تقام الصلاة[1] فقد فسر سكوت المؤذن فى هذا الحديث بأنه الفراغ من الآذان[2].

وأخيراً ، وردت كلمة " سكت " فى السنة، بمعنى مات. وذلك فيما روى أنه لما أمر النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ برجم ماعز بن مالك خرجنا به إلى البقيع فوالله ما أوثقناه ، ولا حفرنا له، ولكنه قام لنا ــ قال أبو كامل: فرميناه بالعظام والمدر والخزف فاشتد واشتددنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا. فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت[3] وفى رواية حتى " سكن " والأول أصوب. ومعناهما : مات.

وهكذا، عرضنا إلى الموضع الوحيد الذى ذكرت فيه كلمة السكوت فى القرآن الكريم وعلمنا أن معناها السكون، وعرضنا كذلك لبعض المواضع التى ذكرت فيها كلمة السكوت فى السنة النبوية ــ وعلمنا معانيها فى كل موضع منها. وفيما يلى نبين الإطلاقات التى ورد بها التعبير عن السكوت فى القرآن الكريم والسنة بغير كلمة السكوت.

ب ــ التعبير عن السكوت باطلاقات أخرى غير كلمة السكوت فى القرآن الكريم وفى السنة.

إذا كانت كلمة السكوت قد ورد ذكرها فى القرآن الكريم فى موضع واحد، وذكرت فى السنة فى مواضع كثيرة من أحاديث الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ على نحو ما رأينا فقد وردت باطلاقات أخرى فى مواضع كثيرة، وبعبارة أخرى عبر القرآن الكريم عن السكوت باطلاقات أخرى غير كلمة سكت ومشتقاتها، وكذلك فى السنة النبوية، من هذه الاطلاقات ما يلى:

---

(١) انظر: مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٠٠ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، الإمام مالك: الموطأ ــ مرجع سابق ص١٢٧ كتاب صلاة الليل باب ما جاء فى ركعتى الفجر، وانظر أيضاً فى هذا الحديث: ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٢٦ كتاب الأذان باب الأذان بعد الفجر.

(٢) انظر: الزرقانى ــ شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك ــ مرجع سابق ، ص٢١٦.

(٣) أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص١٤٧ كتاب الحدود حديث رقم ٤٤٣١، آبادى عون المعبود شرح سنن أبى داود ــ المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٩ جـ١٢ ص١٤٤ كتاب الحدود ــ الشوكانى ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ٧ ص١٠٣ كتاب الحدود باب ما يذكر فى الرجوع عن الإقرار ومعنى " جلاميد الحرة " أى صخورها وهى الحجارة الكبار، وأحدها جلمود، والمدر: الطين المتماسك، وعرض الحرة: أى جانبها، والحرة : بقعة بالمدينة ذات حجارة سود واشتد واشتددنا خلفه ، أى عدا وأسرع للفرار وعدونا خلفه. انظر فى ذلك: أ/ محمد فؤاد عبد الباقى فى تعليقه على صحيح الإمام مسلم ــ المرجع السابق جـ٣ هامش ص١٣٢١.

أولاً: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالصمت وذلك في قوله تعالى : **"وإن تدعوهم إلى الهدى لا يتبعوكم سواء عليكم أدعوتموهم أم أنتم صامتون"**[١]. وهذه الآية الكريمة نزلت في شأن المشركين الذين يعبدون الأصنام من دون الله، فيقول لهم المولى عز وجل: إنه يستوى دعاؤكم إياهم وبقاؤكم على صمتكم؛ لأن المشركين كانوا إذا وقعوا في مهم أو في معضلة تضرعوا إلى تلك الأصنام. فقيل لهم: لا فرق بين إحداثكم الدعاء أن تستمروا على صمتكم وسكوتكم[٢]. والشاهد في الآية الكريمة أن القرآن الكريم استعمل الصمت في التعبير عن السكوت.

كما عبرت السنة النبوية كذلك عن السكوت بالصمت في أحاديث كثيرة[٣].

ثانياً: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالإنصات. وذلك في قوله تعالى : **"وإذا قرء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون"**[٤] وقوله تعالى: **" وإذ صرفنا إليك نفراً من الجن يستمعون القرآن فلما حضروه قالوا أنصتوا فلما قضى ولو إلى قومهم منذرين"**[٥] فالإنصات المذكور في الآيتين الكريمتين بمعنى السكوت للاستماع والإصغاء والمراعاة فأنصت ينصت إنصاتاً، ونصت أيضاً أي سكت[٦].

---

(١) سورة الأعراف، آية [١٩٣].

(٢) انظر في تفسير هذه الآية الكريمة على سبيل المثال: الرازي ــ التفسير الكبير ــ دار الغد العربي سنة ١٩٩٢ جـ١٥ ص٩١، الطبري ــ جامع البيان في تفسير القرآن ــ المطبعة الأميرية الكبرى ــ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ جـ٩ ص١٠٢، محمد رشيد رضا ــ تفسير القرآن الحكيم ــ مرجع سابق جـ٩ ص٥٢٦، الشوكاني ــ فتح القدير ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٥٠، ابن كثير ــ تفسير القرآن العظيم مرجع سابق جـ٢ ص٢٧٦، محمد على الصابوني ــ صفوة التفاسير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٤٧٤.

(٣) من الأحاديث التي ورد التعبير فيها عن السكوت بالصمت ما ورد بشأن سكوت البكر أي صمتها عند الزواج من ذلك ما روى عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" وفي رواية " ... فصمتها إقرارها" انظر مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٠٣٧، الإمام مالك ــ الموطأ ــ مرجع سابق ص٥٢٤ كتاب النكاح ، الإمام أحمد ــ المسند ــ مرجع سابق جـ٥ ص٣٦، ابن هبيرة الإفصاح عن معاني الصحاح ــ دار الوطني ــ الرياض ــ الطبعة الأولى سنة ١٤١٧ هـ جـ٣ ص٢٢٣، وقد سبق أن ذكرنا أن الصمت من المعاني اللغوية للسكوت، صمت أي سكت، والتصميت التسكيت، وأصمت أي خرس لسانه مع حضور ذهنه، وقولك، اصمت أي اسكت.. انظر: ابن حجر في مقدمة فتح الباري ــ مرجع سابق ــ ص١١٦، وانظر ما سبق في تعريف السكوت لغة.

(٤) سورة الأعراف، آية [٢٠٤].

(٥)سورة الأحقاف، آية [٢٩].

(٦) انظر: القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الرابع جـ٧ ص٣١٦ والمجلد الثامن جـ١٦ ص١٩٩، الرازي ــ التفسير الكبير ــ مرجع سابق جـ١٥ ص١٠٢. ==

وهكذا عبر القرآن الكريم عن السكوت بالإنصات. وقد استعمل الإنصات للتعبير عن السكوت فى السنة أيضاً فى أحاديث كثيرة، منها ما روى أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم قال : "إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة أنصت والإمام يخطب فقد لغوت"[1]، وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وإذا قرأ فأنصتوا"[2].

== وورد فى سبب نزول الآية الأولى أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ صلى بأصحابه، فقرأ أناس من خلفه فنزلت الآية"... **وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا** " فسكت الناس خلفه، فالآية الكريمة نزلت فى الصلاة فأمروا باستماع قراءة الإمام والإنصات له وظاهر اللفظ يقتضى وجوبها أى الإنصات باللسان والاستماع بالأذنين حيث يقرأ القرآن مطلقاً، وعامة الفقهاء على استحبابهما خارج الصلاة . كما أن الآية الثانية " **قالوا أنصتوا** " أى قال الجن لبعضهم اسكتوا للاستماع إلى القرآن. انظر فى ذلك البيضاوى ـ أنوار التنزيل وأسرار التأويل ـ مرجع سابق جـ١ ص٣٨٣، ابن العربى ـ أحكام القرآن ـ مطبعة السعادة بمصر ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ جـ١ ص٣٣٩، الطبرى ـ جامع البيان فى تفسير القرآن ـ مرجع سابق جـ٩ ص١١٠، السيوطى ـ تفسير الدر المنثور فى التفسير المأثور مرجع سابق المجلد الثالث ص٦٣٤، القاسمى ـ تفسير القاسمى المسمى محاسن التأويل مرجع سابق جـ٧ ص٢٩٣٣، محمد رشيد رضا ـ تفسير القرآن الحكيم ـ مرجع سابق جـ٩ ص٥٥٢، سيد قطب ـ فى ظلال القرآن ـ مرجع سابق ـ جـ٩ ص١٤٢٤، القرطبى ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق المجلد الثامن جـ١٦ ص١٩٩، محمد على الصابونى ـ صفوة التفاسير ـ جـ١٦ ص١٣٦٤.

(١) ابن حجر ـ فتح البارى ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص٥٠٣ كتاب الجمعة، مسلم ـ صحيح مسلم مرجع سابق جـ٢ ص٥٨٣ كتاب الجمعة باب الإنصات يوم الجمعة فى الخطبة، الإمام مالك ـ الموطأ مرجع سابق ص١٠٣ كتاب الجمعة باب الإنصات والإمام يخطب ، الزرقانى ـ شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك ـ مرجع سابق جـ١ ص٢١٤ باب ما جاء فى الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب.

(٢) الشوكانى ـ نيل الأوطار ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص٢١٥ باب فى قراءة المأموم وإنصاته إذا سمع إمامه، ومن السكوت بمعنى الإنصات أيضاً، ما روى أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال " من اغتسل ثم أتى الجمعة فصلى ما قدر له ثم أنصت حتى يفرغ من خطبته ثم يصلى معه غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى وفضل ثلاثة أيام" انظر مسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق جـ٢ ص٥٨٧ كتاب الجمعة باب فضل من استمع وأنصت فى الخطبة. والإنصات هنا معناه السكوت، واستنصت الناس أى أمرهم بالسكوت ومنه ـ من الاستنصات أى الأمر بالسكوت ـ ما روى عن جرير أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال له فى حجة الوداع: استنصت الناس فقال "لا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض". انظر ابن حجر ـ فتح البارى ـ مرجع سابق جـ١ ص٢٧٤ باب الإنصات للعلماء. وقد ورد فى الأمر بالإنصات أى السكوت عن عائشة ـ رضى الله عنها قالت: كانت عندي امرأة من بنى أسد فدخل على رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال : من هذه ؟ قلت : فلانة، لا تنام الليل ـ تذكر من صلاتها ـ فقال: " مه عليكم ما تطيقون من الأعمال فإن الله لا يمل حتى تملوا" ابن حجر ـ فتح البارى ـ مرجع سابق جـ٣ ص٤٦ كتاب التهجد باب ما يكره من التشدد فى العبادة، رواه ابن الأثير الجزرى وقال: إن " مه" بمعنى إسكت. انظر ابن الأثير الجزرى ـ جامع الأصول فى أحاديث الرسول ـ تحقيق عبد القادر الأرناؤوط ـ مكتبة الحلوانى سنة ١٩٦٩م جـ١ ص٣١٢،٣١٣. وانظر فى معنى الإنصات ابن حجر فى مقدمته لفتح البارى مرجع سابق ص٢٦٨.

فقد ورد الإنصات في الحديثين الشريفين بمعنى السكوت، ونلاحظ أن في التعبير عن السكوت بالإنصات أن الإنصات يراد به السكوت وزيادة وهو الإصغاء والاستماع، وليس مجرد السكوت.

ثالثا: عبر القرآن الكريم عن السكوت بالكتمان وذلك في مثل قوله تعالى: " **إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب..**"[1].
فالكتمان ترك إظهار الشئ مع الحاجة إليه وحصول الداعي إلى إظهاره، لأنه متى لم يكن كذلك لايعد كتمانا، ولما كان ما أنزله الله من البينات والهدى من أشد ما يحتاج إليه في الدين وصف من علمه ولم يظهره بالكتمان[2]، ولذلك جاء في الحديث الشريف أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " من سئل عن علم ثم كتمه الجم يوم القيامة بلجام من نار"[3]. وجاء في تفسير الآية الكريمة أيضا أن الكتمان هنا بمعنى السكوت عن إبلاغ الحق الذي يعرفونه ، ويكتمون الأقوال التي تقرره ويجتنبون آيات في كتاب الله لا يبرزونها بل يسكتون عنها ويخفونها[4].

وعكس الكتمان البيان والإظهار، فالكتمان يمكن أن يكون بعدم الكلام أو بالفعل كالحذف، والتأويل، والتحريف، لذلك يكون البيان بالقول والفعل أيضا كالكتابة ، يدل على أن الكتمان عكسه البيان قال قوله تعالى: " **إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا**"[5] أي بينوا ما كانوا يكتمونه، أو بينوا إصلاحهم، وجاهروا بعملهم الصالح وأظهروه للناس[6].

---

(1) سورة البقرة ، آية [159].
(2) الرازي ــ التفسير الكبير ــ مرجع سابق جـ4 ص162.
(3) الترمذي ــ سنن الترمذي ــ مرجع سابق جـ5 ص29، الطبراني ــ المعجم الأوسط ــ مرجع سابق جـ3 ص153.
(4) انظر : سيد قطب ــ في ظلال القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ص150، وانظر في سبب نزول الآية: الطبري ــ جامع البيان في تفسير القرآن ــ مرجع سابق جـ1 ص32، ابن العربي ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق جـ1 ص21، البيضاوي ــ أنوار التنزيل وأسرار التأويل ــ مرجع سابق جـ1 ص92، الجصاص ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق جـ1 ص115. وورد أن الآية الكريمة نزلت في شأن أهل الكتاب الذين كانوا يكتمون أي ينكرون البشارة بنبينا محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ وينكرون إخبار أنبيائهم عنه، فهم يكتمون الحق بعدما بينه الله لهم في الكتاب. المراجع السابقة في المواضع المشار إليها.
(5) سورة البقرة ، آية [160].
(6) انظر: محمد رشيد رضا ــ تفسير القرآن الحكيم ــ مرجع سابق جـ2 ص49. وقد استدل العلماء بالآية الكريمة على عصيان كل من كتم الحق والعلم وترك ما أوجب الله بيانه وهو الراجح لأن الاعتداد بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. انظر ــ الشوكاني ــ فتح القدير ــ مرجع سابق جـ1 ص161، القرطبي الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول جـ2 ص173.

إضافة إلى ما سبق فقد عبر القرآن الكريم عن السكوت بعدم الكلام في آيات كثيرة منها على سبيل المثال : قوله تعالى : " **يوم يأتي لا تكلم نفس إلا بإذنه**" [1]. والمعنى انه في يوم القيامة لا تتكلم نفس إلا لمأذون فيه من حسن الكلام وهذا يعني السكوت[2]. وقوله تعالى " **قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويا** " [3]. فالآية الكريمة وردت في شأن سيدنا زكريا ـ عليه السلام ـ حين دعا ربه : " **رب هب لي من لدنك ذرية طيبة** " .. وورد في ذلك أنه لما بشر بالولد ولم يبعد عنده هذا في قدرة الله تعالى طلب آية ـ أي علامة ـ يعرف بها صحة هذا الأمر وكونه من عند الله تعالى ، فعاقبه الله تعالى بأن أصابه السكوت عن كلام الناس لسؤاله الآية بعد مشافهة الملائكة إياه. بحيث لا يستطيع النطق مع أنه صحيح [4].

وعبرت السنة عن السكوت بالإمساك [5]

---

(١) سورة هود ، آية [١٠٥].

(٢) القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد الخامس جـ٧ ص ٨٦ .

(٣) سورة مريم ، آية [١٠].

(٤) القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد الثاني جـ ٤ ص ٧٥، ابن كثير ـ تفسير القرآن العظيم ـ مرجع سابق ـ المجلد الأول ص ٣٦٢ ، محمد على الصابوني ـ صفوة التفاسير مرجع سابق جـ ٣ آل عمران ص ١٨٤.

ومن السكوت بمعنى عدم الكلام أيضا قوله تعالى : " **قال أخسئوا فيها ولا تكلمون** " . المؤمنون ١٠٨، وقوله تعالى : " **يوم يقوم الروح والملائكة صفا لا يتكلمون إلا من أذن له الرحمن وقال صوابا** " النبأ ٣٨ ففي هذه الآيات الكريمة عبر المولى عز وجل عن السكوت بعدم الكلام. وفي معنى التعبير عن السكوت بعدم الكلام قوله تعالى : " **هذا يوم لا ينطقون** " المرسلات ٣٥ فعدم النطق هنا بمعنى عدم الكلام وهو السكوت.

انظر في تفسير الآيات السابقة : الطبري ـ جامع البيان ـ مرجع سابق جـ ٣٠ ص ١٥، السيوطي ـ تفسير الدر المنثور في التفسير المأثور ـ مرجع سابق جـ ٨ ص ٣٨٦، القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد العاشر جـ ٢٩ ص ١٤٠.

(٥) من ذلك ما روى عن عبد الله بن مسعود ـ رضى الله عنه ـ أنه قال : قال لي رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إقرأ على ، فقلت أقرأ عليك وعليك أنزل ؟ فقال : إني أحب أن أسمعه من غيري فافتتحت سورة النساء حتى بلغت " **فكيف إذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شهيد** " النساء ٤١ إلخ فاغرورقت عيناه ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأمسكت ، فقال لي سل تعطه ، وفي رواية: " قال أمسك فإذا عيناه تذرفان " . والمراد بالإمساك في الحديث الشريف السكوت لأنه أمسك عن الكلام أي سكت. انظر في ذلك : ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ ٨ ص ٣١٠، كتاب التفسير الطبراني ـ المعجم الأوسط ـ مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٥٣، الترمذي ـ سنن الترمذي ـ مرجع سابق جـ ٥ ص ٢٣٧ كتاب تفسير القرآن، الرازي ـ مختار الصحاح ـ مرجع سابق ص ٦٢٤ حيث جاء فيه أن أمسك عن الكلام بمعنى سكت والإمساك بمعنى البخل، كما أن الإمساك يفسر به الصيام. ومن الإمساك بمعنى السكوت أيضا : ما روى عن عقبة بن عامر ـ رضى الله عنه ـ قال : قلت : يا رسول الله ما النجاة ؟ : قال : " أمسك عليك لسانك ، وليسعك بيتك ، وأبك على خطيئتك " . الترمذي ـ سنن الترمذي ـ مرجع سابق جـ٤ ص ٦٠٥ كتاب الزهد باب حفظ اللسان.

وبالكف[1]، وبالسكون[2].

وبعد، فهذه بعض إطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية ، ونبين فيما يلي العلاقة بين هذه الإطلاقات وبين تعريف السكوت لغة واصطلاحا.

العلاقة بين إطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية تعريفه فى اللغة، وفى الاصطلاح:

سبق أن بينا أن السكوت فى اللغة ــ بمعانيه المتعددة ــ يعني الصمت، وعدم النطق وترك الكلام عمدا ، أو اختيارا [3].

وعلمنا أيضا أن السكون فى الاصطلاح يعني موقف سلبي غير مصحوب بلفظ أو فعل يدل على الإرادة، ولكن قد يستشف منه دلالة التعبير عليها استثناء من خلال النص، أو الاتفاق، أو القرائن المحيطة به عند الحاجة[4].ومن خلال عرضنا لإطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية، رأينا أن كلمة " السكوت " وردت فى القرآن الكريم ، فى موضع واحد بمعنى " سكن " وجاءت فى السنة النبوية ــ بصيغها

---

(١) من ذلك : ما روى عن عبد الله الثقفى قال : قلت يا رسول الله : " ما أخوف ما تخاف على ؟ قال : هذا وأخذ بلسانه " . قال ابن حجر ولأحمد " وكف لسانك إلا من خير " فالكف هنا هو ترك الكلام وهو السكوت كما أن الكف يكون عن الفعل أيضا. انظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ١١ ص ٣٦١.

(٢) منه ما روى عن جابر ــ رضى الله عنه ــ انه قال : " كان المسجد مسقوفا على جذوع من نخل فكان النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ إذا خطب يقوم على جذع منها، فلما صنع له المنبر فكان عليه، فسمعنا لذلك الجذع صوتا كصوت العشار. حتى جاء النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ فوضع يده عليها فسكنت". وفى رواية : " فصاحت النخلة صياح الصبي ثم نزل النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ فضمه إليه يئن أنين الصبي الذى يسكن " وفى رواية : " تئن أنين الصبي الذى يسكت حتى استقرت " انظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ٦ ص ٧٣٣، النووي ــ رياض الصالحين ــ دار العناية للطباعة والنشر ــ القاهرة سنة ٢٠٠٠م ص ٥٠١، والشاهد فى الحديث الشريف أن الجذع كانت تئن وتبكي فلما نزل إليها النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ سكتت وسكنت، فالتعبير هنا بالسكون يراد به السكوت ويراد به أيضا الكف عن الفعل، ومن السكون بمعنى الكف عن الفعل ما روى " أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ صعد أحدا ومعه أبو بكر وعمر وعثمان ، فرجف فقال : اسكن أحد فليس عليك إلا نبي وصديق وشهيدان " انظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ جـ ٧ ص ٦٢ كتاب فضائل الصحابة، مسلم ــ صحيح مسلم ــ جـ ٤ ص ١٨٨٠ كتاب فضائل الصحابة، الطبراني ــ المعجم الأوسط ــ مرجع سابق ص ٢٤١، ص ٤٨٩ ، والحديث فيه تعبير عن الكف عن الفعل بالسكون.

(٣) راجع ما سبق فى التعريف اللغوى للسكوت.

(٤) راجع ما سبق فى التعريف الاصطلاحي للسكوت.

المختلفة." سكت ــ تسكت ــ سكات ــ سكوت ــ أسكت ــ ليسكت ــ سكتتان ــ سكتة" بمعان متقاربة، إذ أنيا فى مجموعها تعنى عدم الكلام، أو عـــدم الجـــهر بـــالقراءة، أو الفراغ من الأذان ــ أى الفراغ من القول عامة .

كما ورد التعبير عن السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية، بغير كلمة "سكت" ومشتقاتها، " أو صيغها المختلفة " مثل الصمت، والإنصات ، وعدم الكلام، والكتمـــان والإمساك ، والكف ، والسكون.

وهذه الإطلاقات كذلك متقاربة المعنى كما نرى. فهى أيضا تفيد أن " الســـكوت " ترك الكلام عمدا، أو لعذر، أو اختيارا ، كما تفيد ترك الفعل كما فى الإمساك والكـــف والسكون.

وهكذا ، نجد أن هنالك علاقة وثيقة بين معنى " الســـكوت " فـــى اللغـــة وفـــى الاصطلاح، والإطلاقات التى ورد بها فى القرآن الكريم والسنة النبوية، فما ورد مـــن إطلاقات للتعبير عن السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية لا يخرج عن إطلاقاتـــه اللغوية، كما تتفق مع تعريفه الاصطلاحي.

وجدير بالإشارة أن من بين إطلاقات السكوت التى عرضناها ما لا يقتصر علـــى قصر معنى السكوت فى مجرد عدم الكلام والصمت فحسب، وإنما أيضا يفيد الامتنـــاع عن الفعل بالإضافة إلى الامتناع عن القول، مثل التعبير عن السكوت بالإمساك والكـف والترك والسكوت.

ذلك أن الإمساك يعطي دلالة السكوت من حيث كونه امتناعا عـــن الكـــلام كمـــا يعطي دلالة الامتناع عن الفعل أيضا، وكذلك الأمر بالنسبة للكف والترك. فتلك إطلاقات تعطى معنى السكوت عن القول وعن الفعل كذلك.

وهذا يعني، أن السكوت يفيد ــ فى الأصل ــ عدم الكلام ، كما يفيد أيضا عـــدم الفعل، أى إن السكوت مختص فى الأصل بترك الكـــلام إلا أنه يعطي دلالة الامتنـــاع عن الفعـــل ، وهـــذا واضح من استخدام كلمة " السكوت " لـــدى العامة، إذ يطلقونـــها ــ أحيانا ــ ويريـــدون بها الكف عن الفعل لا عن القول. كمن يقـــول لصبـــى أو أى شخص يعبث بشئ أو يفعـــل شيئا لا يـــروق له " اسكت " ويريـــد منه كفه عن هـــذا الفعل لا عن قول.

وهذا يتفق مع تعريفنا الاصطلاحي للسكوت، الذى لم نقصر معنـــى الســكوت ــ بناء عليه ــ فقط على الصمت وعدم الكلام، وإنما ضمناه أيضـــا دلالة الكــف عـــــن الفعل أو الترك ــ كما سبق ــ وذلك حتى يشمل كل ما يمكن أن يكون محلا للســـكوت من قول أو فعل، كعدم الموافقة أو الرفض قولا، أو فعلا كعدم التقــدم للمطالبـــة بحـــق شفعة، أو حيازة أو تصحيح نسب ، أو اعتراض عليه أو ما شابه ذلك.

المبحث الثالث

عناصر السكـــوت

من خلال تعريفنا للسكوت يتضح أن له ثلاثة عناصر هى : الساكت ، والمسكوت عنه ، والسكوت نفسه، وهو ما فرغنا من بيانه.

أما الساكت ، فهو الشخص الذى يلتزم الصمت حيال أمر معيـــن، كـــان ينتظــر إظهار إرادته المعتبرة نحـــو ذلك الأمر[١]، الذى يشترط فيه ــ كما سبق أن ذكرنـــا ــ أن يكون معنيا بالموقف أو الأمر المسكوت عنه. وان تكون لديه أهلية معتبرة معتد بـــها شرعا، وأن يكون عالما بالأمر المسكوت عنه، وليس لديه مانع يمنعه من التعبير عـــن إرادته حيال هذا الأمر[٢].

وأما المسكوت عنه ، فهو محل السكوت، وهو ذلك الأمر الذى يصلح لأن يتعلـــق به السكوت، وهو كل أمر عينه المشرع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت به فينتج أثـــــرا شرعيا، أو قانونيا فى حق الساكت، سواء أكان ذلك عقدا أم تصرفا أم واقعة، متى تعلق بذلك حق للساكت أو عليه ــ كما ذكرنا سابقا [٣] ــ لذلك علمنا انه يشترط أن يكـــون الساكت عالما به وأن يكون هذا المحل يتعلق به حق للساكت أو عليه.

وبالنظر فى كتب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء القدامى قد عولوا فى إعطاء دلالة معينة للسكوت، وترتيب الأحكام عليه على مدى توافر هذه الشروط فى الساكت، وفـــى محل السكوت أو الأمر المسكوت عنه وذلك فى مواضع كثيرة.

فنجد مثلا، فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ــ بصدد الكلام عن سقوط حق الشفعة بمضى المدة " .. محله إذا كان السكوت من بالغ عاقل رشيد أو ولى ســـفيه، أو صغير حاضر فى البلد عالم بالبيع لم يمنعه من القيام مانع " [٤].

وفى المرجع نفسه أيضا فى موضع آخر، فى بيع الفضولي : ".. وأما إذا بيع فى

(١) انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ــ مرجع ســابق ص٨٧٧.

(٢) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

(٣) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

(٤) انظر : الدسوقي ــ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ــ دار إحياء الكتب العربيـــة ــ بـــدون تـــاريخ جـــ٣ ص ٤٨٥.

غير حضرة المالك، وعلم وسكت عاما من حين علمه، والحال أنه ليس هنـــاك مـــانع يمنعه من القيام.. وأما لو سكت بعد العلم أقل من عام.. أو أكثر مع مانع يمنع من ذلــك لم يلزمه البيع " (١).

ويفهم من ذلك أن تحديد دلالة السكوت وترتب أحكامه بالنســبة لصحـــة العقـــود والتصرفات منوط بالعلم بالمسكوت عنه أيضا ، وعدم قيام مانع يمنعـــه مـــن إظـــهار إرادته، وهذا تأكيد للشروط التى ذكرناها بالنسبة للساكت ومحل السكوت كذلك.

وجاء فى بدائع الصنائع : " أن حق الطلب بالشفعة وقته هو وقت علـــم الشـــفيع بالبيع، حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته " (٢).

وجاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي : " والسكوت مثل الميت تباع تركته وتقسم وغريمه حاضر ساكت لم يقم فلا قيام له إلا أن يكون له عذر " (٣).

وفى فتاوى الشيخ عليش بصدد الحيازة أيضا : " أنه متى مضت مـــدة الحيـــازة والمرأة حاضرة ساكتة بلا مانع لم تسمع دعواها على الحائز " (٤).

وهذا النص ـــ كغيره من النصوص التى عرضناها ـــ يشير إلى ضرورة عـــدم توافر المانع لدى الشخص الساكت حتى يرتب السكوت آثاره. وهذا المانع ـــ كما ذكرنا سابقا ـــ قد يكون مانعا ماديا، وقد يكون مانعا أدبيا ، كالحياء أو النفوذ الأدبي، يدل على ذلك ما ورد أيضا فى جواب الشيخ عليش عن سؤال عن حالة أقارب بينـــهم مـــيراث فاستولي بعضهم على جميع التركة من عقار وغيره مدة تزيد على أربعين سنة، والحال أنهم لم يعلموا بحصتهم لكون بعضهم صغيرا، وبعضهم كبيرا لم يعلم، ثم علموا وكـــان بينهم نساء فهل يسوغ لهم الطلب بعد علمهم؟ فأجاب بأنه إن أقر واضع اليد بأن المـــال أصله تركة وجب عليه أن يدفع لكل ذى حق حقه ولو طال الزمان.. وإن أنكـــر كونـــه

(١) انظر : الدسوقي ـــ حاشية الدسوقي ـــ مرجع سابق ـــ جـ٣ ص ١٢.

(٢) الكاساني ـــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ـــ دار الفكر ـــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ جـــ٥ ص٢٤ ومثله أيضا فى المغني لابن قدامة انظر : ابن قدامة ـــ المغني ـــ دار الغد العربـــي ـــ طبعـــة جديـــدة بدون تاريخ جـــ ٦ ص٨،ابن قدامة المقدسي- الشرح الكبير ـــ مطبوع مع المرجع السابق ، جـ٦ص٨.

(٣) ابن فرحون ـــ تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام ـــ شركة مكتبة ومطبعـــة مصطفـــى البابي الحلبي وأولاده بمصر ـــ الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٨ م جـــ ٣ ص ٤٠.

(٤) انظر : الشيخ عليش ـــ فتح العلي المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ـــ مطبوع مع كتاب تبصرة الحكام ـــ المرجع السابق ـــ جـــ ٢ ص ٣١٨. وذلك بصدد الإجابة عن سؤال عن مدى أحقية امرأة فـــي استرداد منزل باعته إلى رجل حازه مدة تزيد على مدة الحيازة وأنكرت البيع .

تركة وأدعى الملكية سمعت دعوى النساء مطلقا طال الزمان أو لا، علمن أو لا ، لأنهن مكرهات على السكوت خوفا من عدم انتصار الرجال لهن إن احتجن إليهم.. أما الذكور فمن سكت منهم مع علمه بملكه وتصرف واضع اليد لم تسمع دعواه.. " (١).

فنرى من خلال ذلك أن المانع من المطالبة ــ القولية أو الفعلية ــ قد يكون مانعا ماديا أو أدبيا.

وجاء فى قواعد الزركشي : " ولو حلق الحلاق رأس محرم وهو ساكت ، فلم يمنعه مع القدرة فالأصح أنه كما لو حلق بأمره فتلزمه الفدية " (٢).

وهكذا ، نجد أن الفقهاء ــ من خلال هذه النصوص وأمثالها ــ يتفقون على ضرورة توافر الشروط التى ذكرناها فى الساكت ومحل السكوت، أى الأمر المسكوت عنه.

فالسكوت بوصفه فعلا للمكلف يتعلق به الحكم ، أى خطاب الشرع، لابد أن يكون معلوما للمكلف علما تاما، بحيث يستطيع المكلف أداؤه ، كما يشترط أن يكون فى مقدرة المكلف بحيث يستطيع أن يفعله أو لا يفعله.

---

(١) انظر : الشيخ عليش : فتح العلي المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣١٩.

(٢) انظر: الزركشي ــ المنثور فى القواعد للزركشي ــ تحقيق د/ تيسير فائق أحمد محمود ــ مراجعة د/عبد الستار أبو غدة – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت – بدون تاريخ ــ جـ ٢ ص ٢٠٧.

المبحث الرابع

أنواع السكوت وتحديد نطاقه

ونعرض ذلك من خلال مطلبين :

الأول : أنواع السكوت .

الثاني : تحديد نطاقه .

المطلب الأول

أنـــواع السكوت

ينقسم السكوت بحسب مصدره إلى نوعين :

النوع الأول : السكوت الصادر من المكلف المخاطب بالحكم، وهو ما يعرف في علم أصول الفقه بالمحكوم عليه الذى هو أحد عناصر الحكم الشرعي، وهو المكلف، أى الشخص الذى يتعلق به خطاب الشارع ، ومن توجه إليه هذه الأحكام ويطالب بتنفيذها والامتثال لها [1].

---

(١) من المعلوم أن الحكم الشرعي ــ الذى هو : " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير ، أو الوضع لابد له من حاكم، ومحكوم فيه، ومحكوم عليه. وتلك عناصر الحكم الشرعي أى اركانه التى لا بد منها، وقد عدها الإمام الغزالي أربعة فى قوله : " وهى ــ أى الأركان ــ أربعة : الحاكم والمحكوم عليه ــ والمحكوم فيه ــ ونفس الحكم " .

فالحاكم وهو المشرع الذى يصدر عنه الحكم أى مصدره.

فلا خلاف بين المسلمين فى أن الحاكم هو الله سبحانه وتعالى فهو المشرع الذى تصدر عنه الأحكام وتستمد منه حجيتها. فلا حكم إلا متى حكم به ولا شرع إلا ما شرعه الله سبحانه وتعالى. أما المحكوم فيه فهو ما تعلق به خطاب الشارع، وهو موضوع الحكم الشرعي أى فعل المكلف الذى تعلق بـه الحكم الشرعي. أما المحكوم عليه فهو : المكلف أى الشخص الذى تعلق به خطاب الشارع أى من توجه إليه هذه الأحكام ويطالب بتنفيذها. راجع فى ذلك تفصيلاً : الإمام الغزالي ــ المستصفى ــ المطبعة الأميرية بمصر ــ الطبعة الأولى ــ سنة ١٣٢٢ هـ جـ١ ص ٨١، الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام مؤسسة الحلبي وشركاه سنة ١٩٦٧م جـ ١ص ٧٦، ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ المطبعة الكبرى الأميرية ــ الطبعة الأولى سنة١٣٦١ هـ جـ٢ص ٨٩، الشوكاني ــ إرشاد الفحول ــ مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧م ص ٧ ، د/ عمر عبد الله ــ سلم الوصول إلى علم الأصول ــ مؤسسة المطبوعات الحديثة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩م ص ٨٤، د/حسين حامد حسان - أصول الفقه ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧١م ص ١٣٥، محمد أبو زهرة ــ أصول الفقه ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣ ص ٦٩، د/ على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامي ــ دار المثقف العربي - الطبعة السادسة سنة ١٩٨٢ ص٣٧٨، د/ وهبة الزحيلي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ دار الفكر سنة ١٩٨٦ جـ١ ص ١١٥ ، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مؤسسة الرسالة=

وهذا النوع من السكوت ـ كما علمنا ـ قد يكون سكوتاً مجرداً لا دلالة له على الإرادة، وقد يعد دليلاً عليها استثناءاً وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامي : بالسكوت فى معرض الحاجة إلى البيان، وفى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الموصوف، أو الملابس بحسب وسيلة تحديد دلالته على الإرادة، وقد أشرنا إلى ذلك فى شرح تعريف السكوت وسنتعرف على حكمه تفصيلاً فى موضع لاحق من البحث.

النوع الثاني من السكوت : السكوت التشريعي ، أى الصادر من المشرع، أى الحاكم، وهو الله سبحانه وتعالى والمقصود به : " السكوت عن إيراد الحكم الشرعي بالنسبة لبعض المسائل، أى إعراض المشرع عن إيراد الحكم الشرعي للمسألة المسكوت عنها[1].

هذا النوع من السكوت يختلف عن النوع الأول ـ السكوت الصادر من المكلف ـ من حيث مصدره ومجاله.

أما اختلافهما من حيث المصدر فواضح، إذ السكوت التشريعي مصدره المشرع، أما الثاني فمصدره المكلف. وأما اختلافهما من حيث المجال فإن التشريعي مجاله النصوص الشرعية ـ أو الأدلة النقلية ـ ودلالتها على الأحكام ، أما الثاني فمجاله ـ كما علمنا ـ كل ما يصلح لأن يتعلق به السكوت من كل أمر عينه الشرع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت فينتج أثراً شرعياً، سواء أكان ذلك عقداً ، أم تصرفاً ، أم واقعة.

ولما كان الأمر كذلك فإن تعريفنا للسكوت لم يشمل السكوت التشريعي، وهذا الأخير له آثاره على الأحكام الشرعية، ويمكن تقسيمه إلى : ١ – سكوت مطلق ٢– سكوت تفهم دلالته بطريق من طرق دلالة اللفظ على المعنى، ٣ – سكوت عن بيان أحكام بعض المسائل التفصيلية، ٤– سكوت من القرآن الكريم ـ فقط ـ عن النص على أحكام بعض المسائل ، ٥ – سكوت فى السنة النبوية ، ٦ – سكوت من بعض المجتهدين فى حالات معينة " حالات الإجماع السكوتي " .

== سنة ١٩٨٧ ص ٨٧ ، د/ فاضل عبد الرحمن ـ أصول الفقه ـ دار المسيرة للتوزيع ـ عمان ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ص ٤٩، د/ أحمد فراج حسين ـ أصول الفقه الإسلامي سنة ٢٠٠٠م ص٣٧٤، د/رمضان على السيد الشرنباصي ـ أصول الفقه الإسلامي سنة ٢٠٠٠م ص٢٩٠.

(١) انظر : د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص١١ د/ عبد القادر محمد قحطان ـ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص ٤٤.

ونقوم ببيان هذه الأنواع بكلمة موجزة عن كل منها فيما يلي :

أولا: السكوت المطلق :

ويقصد به أنه لم يرد بشأن المسألة المسكوت عنها نص صريح من الكتاب الكريم أو السنة النبوية، ولم يرد بشأنه إجماع.

ودلالة هذا السكوت الإباحة، بمعنى أن المسألة المسكوت عنها على هذا النحو يكون حكمها الإباحة الأصلية، أى لم ينص الشارع على تحريم متعلقها ــ من الأشياء والأفعال ــ ويطلق عليها كثير من الأصوليين اسم " البراءة الأصلية " وهى تسمية تشعر بعدم ورود نص بشأنها [1].

هذا الأمر يتعلق بمسألة خلافية كبيرة بين العلماء، وهى : الأشياء المسكوت عنها من قبل الشارع، هل هى على الإباحة ، أو على التحريم؟ والراجح عند الجمهور أن الأصل فى الأشياء بعد البعثة الإباحة[2]، ويستند الرأى الراجح ــ إلى أن الأصل فى الأشياء التى لم يرد بشأنها نص ــ بالكتاب والسنة والمعقول.

---

(١) انظر : د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ ص ٤٨٤، د/ وهبة الزحيلي ــ نظرية الضرورة الشرعية ــ سنة ١٩٦٩ ص٢٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص٥٠-٥١

والمقصود بالإباحة : عند الأصوليين : التخيير بين فعل الشئ وتركه لأنها مأخوذة من المباح وهو الأمر الذى خير الشارع بين فعله وتركه أى ما خير الشارع المكلف فيه، بين الفعل والترك، من غير مدح، ولا ذم ، لا على الفعل ، ولا على الترك. ويطلق على المباح الحلال ، والجائز ، والمطلق.

أنظر فى تعريف الإباحة : الغزالي ــ المستصفي ــ مرجع سابق جــ١ ص٦٦، الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جــ١ ص ١١٥، الشوكاني ــ إرشاد الفحول ــ مرجع سابق ص٦ القرافي : نفائس الأصول فى شرح المحصول ــ نذار مصطفى الباز ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص٢٣٧، الشاطبي ــ الموافقات فى أصول الشريعة ــ دار المعرفة ــ بيروت ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ م جــ١ ص٩٥ .

والإباحة عند الفقهاء هى : الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل، وهى مأخوذة من معناها اللغوى وهو: الإظهار والإعلان وقد ترد أيضاً : بمعنى الإطلاق والإذن ، ومنه يقال : أبحته كذا أى اطلقته فيه وأذنت له .

أنظر الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جــ١ ص ١٤، الجرجاني ــ التعريفات مرجع سابق ص ٢٠ ، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) ويتفرع عن هذا الخلاف لو يظهر أثره فى كثير من الأشياء المسكوت عنها. من ذلك مثلا: الحيوان المشكل أمره،والنبات المجهول تسميته، ومنها: إذا لم يعرف حال النهر، هل هو مباح أو مملوك،هل==

فمن الكتاب قوله تعالى " : **وهو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً..** " [١].

حيث تدل هذه الآية على أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات للعباد لأن " ما " موضوعة للعموم، " واللام " فى " لكم " تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين أى ذلك مختص بكم ، فيلزم منه ، أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات، مأذوناً فيه شرعاً.

وقوله تعالى : " **قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق** "[٢]. فالله تعالى أنكر بهذا الاستفهام على من حرم الزينة فوجب ألا تثبت حرمته، وإنكار التحريم يقتضي انتفاؤه، وعدم ثبوت الحرمة أى شئ من الطيبات وزينة الله، وإذا انتفت الحرمة ثبتت الإباحة. وقوله تعالى " **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة** " [٣]. فالله تعالى جعل الأصل الإباحة، والتحريم استثناء.

ومن السنة النبوية قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ " فيما رواه سلمان الفارسي قال: سئل رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن السمن والجبن والفراء، فقال: الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا لكم [٤]". وهذا الحديث برواياته المتعددة يدل على أن الحلال هو ما أحل الله وأن الحرام

= يجرى عليه حكم الإباحة أو الملك؟ ومنها لو دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك، ومنها الزرافة، فمذهب الشافعي ــ رحمه الله ــ " حل أكلها " . وقال السيوطي : " ولم يذكرها أحد من المالكية والحنفية، وقواعدهم تقتضي حلها والله تعالى أعلم " .

أنظر فى الخلاف تفصيلاً : ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص٦٦، السيوطي الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ٦٦ - ٦٧ ، الشاطبي ــ الموافقات فى أصول الشريعة ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٥٣ وما بعدها، الزركشي ــ البحر المحيط فى أصول الفقه ــ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ جـ١ ص ١٦٨، ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٥٩١ وما بعدها، القرافي ــ الفروق مرجع سابق ص ٦، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ص ٤٩٦ وما بعدها د/ وهبة الزحيلي ــ نظرية الضرورة الشرعية ــ مرجع سابق ص ٢٨-٢٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ٤٧ وما بعدها، د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ١٢١، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢١٤ وما بعدها.

(١) سورة البقرة ، آية [٢٩] .

(٢) سورة الأعراف ، آية [٣٢].

(٣) سورة الأنعام ، آية [١٤٥]

(٤) الترمذي ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذي) ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٠، الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ ٨ ص ٦.

هو ما حرم الله وأما ما سكت عنه فهو عفو من الله فإن الله لم يك نسياً [١].

وقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ " **إن الله عز وجل أحل حلالاً وحرم حراماً فما أحل فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو** " [٢].

فيتضح من ذلك أن ما سكت عنه الشارع هو من باب العفو، وحكمه الإباحة.

وأما الدليل على ذلك من المعقول، فإن الله سبحانه وتعالى خلق الأشياء لحكمة إذ يقول ــ عز و جل ــ " **وما خلقنا السماء والأرض وما بينهما لاعبين** " [٣]. ويقول أيضاً : " **أفحسبتم أنما خلقناكم عبثاً** " [٤]. وهذه الحكمة هى الانتفاع أى من أجل انتفاع المخلوقات بها كما أن الانتفاع بما سكت عنه المشرع هو انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك، ولا على المنتفع فوجب ألا يمنع كالاستضاءة بضوء الغير، والاستظلال بجداره، فثبت بهذا أو بغيره أن الأصل فى المسكوت عنه الإباحة[٥].

ولما كان حكم الأشياء المسكوت عنها هو الإباحة فقد نهى الشارع عن السؤال عنها فى قوله سبحانه وتعالى : " **يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم**

---

(١) هذا الحديث روى بطرق متعددة فقد جاء فى السنن الكبرى ــ عن أبى الدرداء ــ قال : ما أحل الله فى كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عافيه ، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن نسياً، ثم تلا هذه الآية : " وما كان ربك نسياً " . انظر : البيقهي ــ السنن الكبرى ــ دار الفكر ــ بدون تاريخ جـ ١٠ ص ١٢ باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان فى معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب، وجاء فى المستدرك أيضاً : عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ قال : كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقذراً. فبعث الله تعالى نبيه ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأنزل كتابه وأحل حلاله وحرم حرامه فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، وتلا هذه الآية : " قل لا أجد فيما أوحي إلى محرماً على طاعم يطعمه... " الآية . انظر : الحاكم ــ المستدرك على الصحيحين ــ فى الحديث ــ مكتبة ومطابع النهضة الحديثة ــ الرياض ــ الجزء الرابع ــ ص ١١٥ كتاب الأطعمة، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ جـ ١٣ ص ٣٢٢ وما بعدها وفيه أيضا ما روى عن أبى ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم : " إن الله حد حدوداً فلا تعتدوها وفرض لكم فرائض فلا تضيعوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فأقبلوها ولا تبحثوا عنها " . أنظر : الحاكم ــ المستدرك ــ المرجع السابق جـ ٤ ص١١٥ كتاب الأطعمة.

(٢) البيهقي ــ السنن الكبرى ــ مرجع سابق جـ ١٠ ص ١٢ باب ما لم يذكر تحريمه ولكن فى معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب.

(٣) سورة الأنبياء ، آية [١٦].

(٤) سورة المؤمنون ، آية [١١٥].

(٥) د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ص ٥٠٥، د/ وهبة الزحيلى ــ نظرية الضرورة الشرعية ــ مرجع سابق ص ٣١.

تسوكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حليم "[1].

وفى قول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ **" دعوني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم "** [2].وقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ **" إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شئ لم يحرم فحرم من أجل مسألته "**[3]. فيتضح من هذه النصوص وجوب ترك السؤال عن شئ لم يقع خشية أن ينزل به وجوبه أو تحريمه ، كما يفهم منها أيضاً ، النهى عن كثرة السؤال، لما فيه غالباً من العنت وخشية أن تقع الإجابة بأمر يستثقل، فقد يؤدي لترك الامتثال فتقع المخالفة[4].

وقد بنى الفقهاء على ذلك قاعدة أصولية معروفة وهى : **" أن الأشياء على الإباحة"** وهى قاعدة يرجع إليها فى تقرير كثير من الأحكام، وهى ترد غالباً فى موضوعات الحظر والإباحة[5].

وتجدر التفرقة فى هذا الصدد بين المعاملات، والعبادات، فبالنسبة للمعاملات: الأصل فى الأشياء من المعاملات، والعادات، والعقود، الأصل فيها عدم التحريم، أما

---

(1) سورة المائدة ، آية [101].

(2) انظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ13 ص 317، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جــ2 ص 975 وفى رواية مسلم فى هذا الموضع : " ذروني " وهى بمعنى دعوني ، وذكر الإمام مسلم سبب هذا الحديث فقال : عن أبى هريرة قال : " خطبنا رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال: **" أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا فقال رجل : أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاث، فقال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ، ثم قال : ذروني ما تركتكم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤلهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شئ فدعوه "** . انظر : صحيح مسلم ــ فتح الباري فى المواضع المشار إليها ، الطبراني ــ المعجم الأوسط ــ تحقيق د/ محمود الطحان ــ مكتبة المعارف بالرياض ــ الطبعة الأولى سنة 1985 جــ 3 ص 346.

(3) الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جــ 8ص106، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جــ4 ص1831، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ13 ص 324.

(4) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ 13 ص 318.

(5) انظر : السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص 66، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص66، وهذه القاعدة وردت بصيغ كثيرة منها : " أن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم " و " الأصل فى الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي " و " الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يصح المنع بوجه لا معارض له ودليل غير محتمل التأويل " و " أصل الأشياء الإباحة حتى يرد المنع" و " الأشياء على الإباحة حتى يثبت الحظر والمنع" و " الأشياء أصلها الإباحة " . أنظر : د/على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص 121 – 122.

العبادات : فلها صفة دينية محضة لا يشرع فيها شئ إلا بحسب ما يرضى المشرع الحكيم، فالأصل فى العبادات المنع إذ لا يجوز لأحد أن يشرع صلاة سادسة مثلا، أو يزيد فى نصاب السرقة، أو نصاب الزكاة، أو عدد ركعات الصلاة، إلى غير ذلك. ذلك لأن الله تعالى لا يعبد إلا بما شرع فلا عبادة إلا بنص، قال تعالى : " **فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملاً صالحاً ولا يشرك بعبادة ربه أحداً** " [1]. ذكر الإمام الشاطبي أن هذه الآية اشتملت على أصلين عظيمين ، أحدهما : أنا لا نعبد إلا الله ، الثاني : ألا نعبده إلا بما شرع، لا نعبده بعبادة مبتدعة[2]. ولذلك قرر الفقهاء قاعدة فقهية تقور: "**لا تشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا تحرم عادة إلا بشرع الله** " ، والعادات: كل ما إعتاده الناس فى حياتهم مما يحتاجون إليه. وهو يشمل كل عقود البيع ، والإيجار، والهبة ، والشركة ، ونحوها.

وعلى ذلك تكون قاعدة " الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يرد المنع أو الحظر" صادقة تماماً فى مجال العادات دون العبادات أى أن هذه القاعدة لا يمكن إجراؤها على عمومها[3].

ثانيا: السكوت الذى تفهم دلالته بطريق من طرق دلالة اللفظ على المعنى:

وذلك متعلق بموضوع مهم من موضوعات أصول الفقه هو موضوع "الدلالات". وترجع أهمية موضوع الدلالات، إلى أن الأحكام الشرعية تؤخذ من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ولغة هذه النصوص هى اللغة العربية، وفهم الأحكام الشرعية منها لا يكون فهماً صحيحاً إلا إذا روعيت أساليب اللغة العربية، وطرق دلالة الألفاظ على معانيها[4]. فهو على حد تعبير الإمام الغزالي : " عمدة علم الأصول

---

(١) سورة الكهف ، آية [١١٠].

(٢) انظر : الشاطبي ــ الاعتصام ــ تحقيق : هاني الحاج ــ المكتبة التوفيقية ــ القاهرة ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ جـ ١ ص ٣ – ٤.

(٣) انظر فى هذا المعنى : الزركشي ــ البحر المحيط فى أصول الفقه ــ مرجع سابق جـ ١ ص ١٦٨ د/وهبة الزحيلي ــ نظرية الضرورة الشرعية ــ مرجع سابق ص ٣٢، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢١٧.

(٤) انظر : الغزالي ــ المستصفى ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣١٥، د/ وهبة الزحيلي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ١٩٧، د/ محمد أبو النور زهير ــ أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٩٢، د/ جلال الدين عبد الرحمن ــ مذكرة فى أصول الفقه ــ ما يتعلق بالكتاب من الدلالات، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢١٧، د/ محمود محمد الطنطاوي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مكتبة وهبة ــ الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠١ ص ٤١٧.

لأنه ميدان سعى المجتهدين فى اقتباس الأحكام من أصولها واجتنائها من أغصانها..."[1]
ولذلك ، عنى الأصوليون ببيان تلك " الدلالات " والتعريف بها وترتيبها حسب قوة دلالتها، وأفاض فى دراستها فقهاء الشريعة الإسلامية، القدامى والمعاصرون، ويكفينا فى هذا المقام أن نلقى نظرة إجمالية على أنواع هذه الدلالات.

للعلماء فى تقسيم طرق الدلالة وأنواعها منهجان .

المنهج الأول : منهج الحنفية : يقسم الحنفية اللفظ باعتبار دلالته على المعنى إلى أربعة أقسام : عبارة النص ، وإشارة النص ، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء.

ووجه هذا التقسيم عندهم، أن دلالة النص على الحكم إما أن تكون ثابتة باللفظ نفسه ، أو لا تكون كذلك.

والدلالة التى تثبت باللفظ نفسه، إما أن تكون مقصوده منه فهو مسوق لها، أو غير مقصودة له. فإذا كانت مقصودة فهى العبارة وتسمى " عبارة النص " ، وإن كانت غير مقصودة فهى الإشارة ، وتسمى " إشارة النص " ، والدلالة التى لا تثبت باللفظ نفسه، إما أن تكون مفهومة من اللفظ لغة أو شرعاً، فإن كانت مفهومة لغة سميت : " دلالة اللفظ " ، وإن كانت مفهومة شرعاً أو عقلاً سميت " دلالة الاقتضاء " [2].

والمقصود " بعبارة النص " [3] : العبارة هى صيغة الكلام المركب من الأسماء والأفعال والحروف والجمل، وعبارة النص هى : دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من صيغته نفسها، وكان الكلام مسوقاً لأجله أصالة أو تبعاً ومثالها، قوله تعالى : **"وأحل الله البيع وحرم الربا"** [4]. فهذا النص القرآني دل بعبارته على معنيين يتبادر

---

(١) الغزالي ــ المستصفى ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ٣١٥.

(٢) د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٧١ - ٢٧٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٠٧، د/ مصطفى سعيد الخن ــ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨م ص ١٢٧.

(٣) المراد بالنص فى هذا المقام : اللفظ الذى يفهم منه المعنى من القرآن والسنة سواء أكان ظاهراً أم مفسراً أم خاصاً أم عاماً وليس المراد منه ما قابل الظاهر ، والمفسر والمحكم . انظر فى ذلك : د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه ــ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩ ص٣٠، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق هامش ص ٢٧٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٠٧.

(٤) سورة البقرة ، آية [٢٧٥].

فهمهما منه من المعنى الحرفي للنص. وهما : حل البيع، وتحريم الربا، والتفرقة بين البيع والربا.

" **وإشارة النص** : هى دلالة اللفظ على معنى غير مقصود ولا سيق له النص أصالة ولا تبعاً ولكنه لازم للحكم الذى سيق الكلام لإفادته "، ومثالها قوله تعالى: **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "** (١).

دل هذا النص بعبارته على أن نفقة الوالدات واجبة على آباء الأولاد وأن مدة الإرضاع الكامل حولان كاملان، وذلك ما سيق الكلام من أجله وهو المتبادر من ظاهر اللفظ، ودل بإشارته على نسب الولد إلى أبيه.

" **ودلالة النص " هى**: دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم التى تفهم بمجرد فهم اللغة. حيث يدرك كل عارف باللغة العربية أن الحكم فى المنطوق به كان لأجل ذلك المعنى من غير حاجة إلى نظر واجتهاد ، ولكن الحكم فى هذه الدلالة يؤخذ من معنى النص لا من لفظة، وسماها الكثيرون " فحوى الخطاب " . لأن فحوى الكلام معناه، ويسميها الشافعية " مفهوم الموافقة " ، ومثالها قوله تعالى : " **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريما**"(٢).

فدل هذا النص بعبارته على انه يحرم على الولد أن يخاطب والديه بكلمة " أف " الموضوعة للتضجر لما فى هذه الكلمة من إيذاء لهما فيتبادر إلى الفهم أن النص يتناول حرمة ضربهما وشتمهما لما فى الضرب والشتم من إيذاء وإيلام أشد مما فى كلمة "أف" فيكون الضرب، والشتم ، أولى بالتحريم من التأفيف ، فيكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، وهذا المعنى واضح لا يحتاج إلى اجتهاد أو تأمل.

ودلالة الاقتضاء هى : دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً. ذلك لأن صدق الكلام أو صحته العقلية أو الشرعية قد يتوقف على معنى خارج عن اللفظ. أى إن صيغة النص لا تدل عليه وإنما تتوقف صحة الكلام

(١) سورة البقرة ، آية [٢٣٣].

(٢) سورة الإسراء، آية [٢٣].

عقلاً أو شرعاً على تقديره ، وسميت هذه الدلالة بالاقتضاء؛ لأن الاقتضاء معناه الاستدعاء، والطلب، والمعنى الذى يدل عليه الكلام يتطلبه ويستدعيه[1]. ومثال ذلك : قوله تعالى : " **واسأل القرية** " [2]. هذا الكلام لابد فيه من تقدير؛ لفظ لكى يصح عقلاً وذلك المقدر لفظ " الأهل " . فهو مسكوت عنه لكن لابد من تقديره لأن " القرية " وهى الأبنية لا يصح سؤالها عقلاً.

المنهج الثاني : منهج الجمهور فى طرق الدلالة : يقسم الجمهور من الأصوليين دلالة اللفظ على الحكم إلى قسمين : منطوق، ومفهوم، والمنطوق هو : دلالة اللفظ على حكم هو فى محل النطق، وهو بذلك يتناول دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة الاقتضاء، عند الحنفية[3].

أما دلالة المفهوم فتعني : دلالة اللفظ على حكم ليس فى محل النطق أى دلالة اللفظ على حكم شئ لم يذكره فى كلامه ولم ينطق به. وهو ينقسم إلى قسمين : مفهوم موافقة ، ومفهوم مخالفة، فمفهوم الموافقة هو : دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه وموافقته له نفياً أو إثباتاً لعلة مشتركة بينهما.

أما مفهوم المخالفة فهو : دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة فى الحكم.

نخلص مما سبق إلى أن هذا السكوت ليس من قبيل السكوت المطلق لأنه يستدل على الحكم بطريق من طرق دلالة اللفظ التى أشرنا إليها[4].

---

(١) المقتضي عند عامة الأصوليين ثلاثة أقسام : ١- ما وجب تقديره لتوقف صدق الكلام عليه مثل قوله صلى الله عليه وسلم ــ : " **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** " . فإن الخطأ والنسيان لم يرفعا بدليل وقوعهما. إذاً فلابد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صادقاً، وذلك بأن نقول " **رفع إثم الخطأ أو ما أشبهه** " وبهذا التقدير يصبح الكلام صادقا. ٢ - ما وجب تقديره لتوقف صحة الكلام عليه عقلا كما فى قوله تعالى " **وأسأل القرية** " إذ يجب تقدير وجود لفظ " أهل " حتى يستقيم الكلام عقلاً. ٣-ما وجب تقديره لتوقف صحة الكلام عليه شرعا. وذلك كقولك لمن يملك عبدا : اعتق عبدك عني بألف. فإن هذا يدل على التمليك فكأنك قلت : ملكني إياه بألف ثم اعتقه عني.

(٢) سورة يوسف ، آية [٨٢].

(٣) انظر : ابن أمير الحاج ــ القرير والتحبير ــ مرجع سابق جـ ١ص ١١٢، د/ محمد صبدي السعدي تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ ص٥٣١، د/ جلال الدين عبد الرحمن ــ مذكرة فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص٤٠، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٨٤.

(٤) راجع فى الدلالات تفصيلاً : ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جـ ١ص ١٠٦ وما بعدها، الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ ٣ص ٦٠ وما بعدها، ابن اللحام ==

ثالثا: السكوت عن بيان أحكام بعض المسائل الفرعية التفصيلية

وهو شأن أكثر الوقائع التى لم ينص عليها تفصيلاً، ولكن نصب الشارع عليها أمارات ومهد طرقاً توصل إليها ، ليتوصل إليها المجتهدون، وأهل الذكر باجتهادهم، وتفكيرهم، وذلك عن طريق إلحاق ما لم ينص على حكمه، بما نص على حكمه، إذا وجدت العلة الجامعة بينهما أى بالقياس، كما يمكن التوصل إلى حكمها عن طريق العرف، أو المصلحة ، أو غير ذلك من الأدلة العقلية. فكون هذه المسائل لم يرد النص على حكمها وسُكِتَ عنه لا يعني إهمالها من غير حكم، وإنما تُرِكَ شأنها لاجتهاد المجتهدين، وذلك من باب التوسعة على العباد. وهذا يعني أن السكوت فى هذه الحالة أيضاً ليس سكوتاً مطلقاً[1].

== ــ القواعد والفوائد الأصولية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت ص ٢٣٣، محمد أبو زهرة ــ الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامي ــ العقوبة ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦ ص ٢٥٨ وما بعدها الشيخ/محمد الخضري ــ أصول الفقه ــ دار الحديث ــ بدون تاريخ ص ١٣٩ وما بعدها، د/ مصطفى سعيد الخن ــ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية ــ مرجع سابق ص ١٢٧ وما بعدها، د/ محمد صبري السعدي ــ تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٥٠١ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص٣٥٤ وما بعدها، د/ محمد أبو النور زهير أصول الفقه ــ مرجع سابق جـ ٢ص ٩٢ وما بعدها، د/ جلال الدين عبد الرحمن ــ مذكرة فى أصول الفقه ــ ما يتعلق بالكتاب من دلالات ــ مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٤٨ وما بعدها، الشيخ/ محمد عبد الرحمن المحلاوي ــ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٤١ هـ ص١٠١ وما بعدها د/عثمان محمد عثمان ــ مناهج الأصوليين فى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية ــ بدون تاريخ ص٥ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٧١ وما بعدها، د/محمود المصيلحي عبد الرازق ــ المنطوق والمفهوم سنة ٢٠٠٠ ص٣٠ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقه الإسلامي ص ٢٠٧ وما بعدها، د/ محمد أحمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٣١٥ وما بعدها، د/ محمد كمال الدين إمام ــ أصول الفقه الإسلامي المؤسسة الجامعية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م ص٢٨٢ وما بعدها، د/ محمود محمد الطنطاوي أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤١٨ وما بعدها.

ويلاحظ أن الحنفية يقسمون الدلالة إلى دلالة لفظية وهى ما تعرفنا عليها سابقاً، وإلى دلالة غير لفظية ويسمونها الدلالة الضرورية وهى دلالة سكوت ملحق باللفظية فى إفادة الأحكام، وهو ما يعرف ببيان الضرورة أو البيان بغير المنطوق وسنتعرف عليها عند الكلام عن الاستثناء فى دلالة السكوت فى موضع لاحق من البحث.

(١) هذه المسائل التى لم يرد بشأنها نصوص تفصيلية وإنما اقتصرت النصوص بشأنها على بيان القواعد العامة التى تحكمها كالنص على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وتحريم الغش فى المعاملات، ووجوب العدل، والمساواة والشورى ، ودفع الضرر، وهذا النوع من الأحكام يخضع لسنة التطور والتبديل بتبدل المصالح والأعراف. فترك تفصيلها للمجتهدين ليستخرجوا أحكامها وفق ما تقتضيه المصلحة من خلال المبادئ العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية بما يتناسب مع مقاصد الشرع الحنيف.

أنظر فى ذلك : د/ محمد مصطفى شلبي ــ تعليل الأحكام ــ مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ص٣٠٧ د/مصطفى أحمد الزرقاء – الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد – الجزء الأول – المدخل الفقهي العام ــ ==

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن ذلك ـ أى عدم النص على حكم بعض المسائل التفصيلية ـ مجاله بعض الأحكام العملية فى المعاملات المالية، وأحكام الأسرة، وأحكام الجرائم والعقوبات. فهذا النوع من الأحكام لم يرد بشأنه نصوص تفصيلية قاطعة، بل اقتصرت النصوص على بيان القواعد العامة التى تحكمها، لأن هذه المسائل بطبيعتها تخضع لسنة التطور والتبديل بتبدل الظروف والعادات، وفق ما تقتضيه مصالح العباد. وفى ذلك كانت القاعدة الفقهية المهمة التى تقرر أنه : " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " وتعنى بإيجاز : أن بعض الأحكام تتبدل بتبدل الزمان والأعراف وهى الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والمصلحة، بخلاف الأحكام الأخرى الثابتة بنصوص قطعية فهى لا تتغير كأحكام العقائد، والأخلاق وأحكام العبادات [1].

== مرجع سابق ص ٧ ، د/ سمير عالية ـ علم القانون والفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٦٤، د/ عبد الناصر العطار ـ مبادئ القانون ـ مرجع سابق ـ ص ٣٥، د/ عبد الوهاب خلاف ـ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ـ دار القلم ـ الكويت ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٢ ص٩، د/ محمد عبد الجواد محمد ـ بحوث فى الشريعة الإسلامية والقانون ـ مرجع سابق ص٧٢، د/ محمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦ ص١٣، د/ يوسف القرضاوي ـ الخصائص العامة للإسلام ـ مكتبة وهبة ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨١ ص٩٥ وما بعدها د/ محمد رأفت عثمان ـ التعسف فى استعمال الحقوق فى الشريعة الإسلامية والقانون ـ بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة ـ العدد الأول سنة ١٩٨٢ ص ٤، د/ يوسف حامد العالم ـ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ـ دار الأمان ـ الرباط بالمغرب ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣ ص٤٤-٤٥ د/أحمد أبو الوفا ـ أثر أئمة الفقه الإسلامي فى تطوير القانون الدولي والعلاقات الدولية ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧ ص١٦، د/شعبان محمد إسماعيل ـ دراسات حول الإجماع والقياس ـ مكتبة النهضة المصرية ـ ص ١٧، د/ عبد العزيز عزام ـ قواعد الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٣٤.

(١) من المعلوم أن الأحكام الشرعية أنواع، فمنها ما يتعلق بالعقيدة، ويتمثل فى الأحكام الخاصة بذات الله تعالى، وصفاته، والإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر والبعث والحساب وغير ذلك من موضوعات علم التوحيد، ومنها ما يتعلق بالأخلاقيات وهى المتعلقة بتهذيب النفوس وإصلاحها.. وهذان النوعان من الأحكام بطبيعتها لا تقبل التغيير، لأنها أسس الدين وثوابته فهى مستقرة دائماً أبداً، كما أن المجتمع المسلم ليس به حاجة إلى تغييرها، بل إن قمة التطور أن تراعى هذه الأسس والثوابت، لذلك جاء النص على هذه الأحكام بنصوص قاطعة غير قابلة للاجتهاد . أما النوع الثالث من الأحكام الشرعية فهو الأحكام العملية التى تنظم علاقة الفرد بربه سبحانه وعلاقته بغيره من بنى جنسه، ويندرج تحته أحكام العبادات والمعاملات المالية وأحكام الأسرة، وأحكام الجرائم والعقوبات، وأحكام العبادات ـ من هذا النوع ـ أيضاً ثابتة بنصوص قاطعة ، كالصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج. فلا تقبل ـ بحسب الأصل ـ الاجتهاد، وإن كان يتصور الاجتهاد فى بعض فروعها وإبداء الرأى الشرعي فيها نتيجة ما أحدثته الحضارة من تقدم وتطور أوجد الحاجة ـ أحياناً ـ إلى الاجتهاد فى بعض الفروع المستحدثة كجهة القبلة، أو نصاب الزكاة لأنواع التجارات الحديثة فمثل هذه الأشياء يمكن البحث عن حكمها فى قواعد الفقه الإسلامي التى لا تعجز عن الوفاء بذلك، أما أحكام المعاملات المالية وأحكام الأسرة، والجرائم==

لذا ، يرى بعض الباحثين المعاصرين تعديل نص القاعدة لتصير : " لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمـــان " [(١)]. ومعلـوم أن المصـالح المقصودة هنا هى التى لم تأتِ الشريعة بما يخالفها[(٢)]. وتغـير هـذه الأحكـام بتغـير المصلحة والعرف يعد تطبيقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدما[(٣)].

وفى هذا الصدد يذكر الإمام ابن القيم : " أن الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عـن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك..

النوع الثاني:ما يتغير بحسب المصلحة له زماناً ومكاناً وحالا، كمقادير التعزيزات وأجناسها وصفاتها فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة " [(٤)]. فيقصد بذلـك قابليـة الأحكام المبنية على الأعراف والمصالح للتغير بتغير الأعراف وتغير وجه المصلحـة المقتضية له زماناً ومكاناً وحالاً، لذلك لم يرد النـص بأحكامـها، بـل تـرك أمرهـا للمجتهدين، ولا يخفى ما فى ذلك من التوسعة على العباد. مع ملاحظة أن المجتهد هنـا

= والعقوبات، فبعضها ثابت بنصوص قاطعة كأحكام الحدود والكفارات، وتحديد المحرمات من النسـاء وأنصبة الورثة أما غير ذلك من الأحكام الفرعية لتلك المسائل فهى ما ترك شـأنها للاجتـهاد. انظـر: د/سمير عالية ـــ علم القانون والفقه الإسلامي ـــ مرجع سابق ـــ ص ٧٣ وأنظر هامش [١] فى الصفحة السابقة. وانظر فى هذا المعنى : عبد الوهاب خلاف ـــ تفسير النصوص القانونية وتأويلـها ـــ منشـور بمجلة القانون والاقتصاد ع٢ يونية سنة ١٩٤٨ ـــ ص ١٨٦.

(١) انظر : د/على أحمد الندوي ـــ القواعد الفقهية ـــ مرجع سابق ص١٥٨، وأنظر فى شرح القاعدة علـى سبيل المثال : الشاطبي ـــ الموافقات ـــ مرجع سابق جـ ٢ص ٥٧٣، ابن تيمية ـــ فصول فى أصـول الفقه ـــ المكتبة الإسلامية ـــ القاهرة ـــ الطبعة الأولى ص ٧٣، سـليم رسـتم بـاز ـــ شـرح المجلـة المطبعة الأميرية ـــ الطبعة الثالثة ص ٣٦، د/ أحمد الزرقاء ـــ شرح القواعد الفقهية ـــ مرجـع سـابق ص١٧٣، د/ يوسف حامد العالم ـــ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ـــ دار الأمان المغرب ـــ الطبعـة الثانية ص ٤٤ – ٤٥، د/ محمود عبد الله العكازي ـــ شرح القواعد الفقهية ـــ مرجـع سـابق ص١٧٧ د/أحمد محمد الحصري ـــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ـــ مرجع سابق ص٢٨٥، د/ عبد العزيز عـزام ـــ قواعد الفقه الإسلامي ـــ مرجع سابق ص ٢٩١.

(٢) ابن تيمية ـــ فصول فى أصول الفقه ـــ مرجع سابق ص ٧٤.

(٣) انظر : د/ حسنين محمود حسنين ـــ العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعـي ـــ دار القلم ـــ الإمارات ـــ دبي ـــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ ص١٦٤، د/ رمضان على السـيد الشـرنباصي المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ـــ مرجع سابق ص ٢٣٤.

(٤) ابن القيم ـــ إغاثة اللهفان ـــ تحقيق محمد سيد كيلاني ـــ مطبعة الحلبي ـــ الطبعة الأخيرة سـنة ١٩٦١ جـ١ ص٣٤٦، وفى هذا المعنى أيضاً : د/ محمد مصطفى شلبي ـــ تعليل الأحكام ـــ مطبعـة الأزهـر سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٧.

ليس مشرعاً ولا منشئاً لأحكام تلك المسائل التى لم ينص عليها ، وإنما يقتصـــر دوره على الكشف والإبانة لهذه الأحكام من خلال قواعد الشريعة ومبادئها العامة، فالمشـــرع دائماً أبداً هو الله تعالى فلا يحكم المجتمع الإسلامي الحق غير قوانين نص عليها القرآن والسنة، أو استنبطها علماء أتقياء من نصوص الشارع الحكيم، وليس هنـــاك خضـــوع لقوانين يأتي بها أشخاص ممن يرجحون ما تمليه عليهم أهواؤهم على حمايـــة أمـــوال الناس،وأعراضهم ودمائهم[1].

رابعا: السكوت من القرآن الكريم عن النص على أحكام بعض المسائل:

وهذا النوع من السكوت ترك للسنة[2] بيانه، فمن الثابت أن السـنة النبويـة مـع القرآن الكريم وعلاقتها به من حيث دلالتها على ما فيه وعلى غيره على ثلاثة أوجـــه. الأول قد تأتي السنة موافقة ومؤكدة حكماً جاء فى القرآن الكريم، كما فى قوله-صلى الله عليه وسلم- **"لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه"**[3]، وقوله-صلى الله عليه وسلم ــ

---

(١) انظر فى ذلك : د/ سيد محمد موسى " توانا " الأفغانستاني ــ الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه فى هذا العصــر ــ رسالة دكتوراه ــ كلية الشريعة والقانون ــ جامعة الأزهر سنة ١٩٧١ نشر دار الكتـــب الحديثـــة ــ القاهرة سنة ١٩٧٢ ص ١٥٢.

(٢) السنة فى اللغة: الطريقة محمودة كانت أو مذمومة، ومنه قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ " من سن فـــى الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجورهم شئ . ومن سن فى الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينتقص من أوزارهم شئ " . صحيح مسلم ــ الجزء الثاني ص ٧٠٥ كتاب الزكاة . وقيل إن السنة : ما رسم ليحتذى ، ولذلــك يقـــال سنة النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ بمعنى انه ما رسمه. انظر الباجي ــ كتاب الحدود فـــى الأصـــول مرجع سابق ص٥٦، الجرجاني ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص١٦١. وفى اصطلاح الفقهاء : تطلـــق على ما يقابل الفرض. عند الجمهور وما قابل الفرض والواجب عند الحنفية ، وقال البعض : ما كان من العبادات نافلة منقول عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أى ليس بواجب منها. ولكن المستفاد من كتـــب فروع الفقه : أنها تطلق عند الفقهاء على ما هو مندوب من العبادات وغيرها، وقد تطلق على ما يقـــابل البـــدعة. انظر : د/ يوسف حامد العالم ــ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ــ مرجع ســـابق ص ٥٧ د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع ســـابق ص ١٦١، د/ أحمـــد فـــراج حســـين أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٥٦ وما بعدها، أما السنة عند الأصوليين فهى : تطلق علـــى ما جاء منقولاً عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ على الخصوص مما لم ينص عليه فى الكتاب العزيز بل إنما نص عليه من جهته ــ عليه الصلاة والسلام ــ كان بياناً لما فى الكتاب أولا. انظر : الشـــاطبي الموافقات ــ جـــ ٣ص ٣٨٩.

(٣) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـــ١٢ ص٤٠٩ كتاب الحيل ، الصنعـــاني ــ ســـبل السـلام مرجع سابق جـــ ٣ ص ٨٨٦.

" **كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**" [1]. فهذان الحديثان يوافقان ويؤكدان قوله تعالى : " **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** " [2].

وقوله- صلى الله عليه وسلم - " **بنى الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله وان محمداً رسول الله وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان**" [3]. فهو يوافق قوله تعالى : " **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة** " [4] وقوله تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام** " [5]. وقوله تعالى : " **ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً** " [6].

الوجه الثاني : قد تأتي السنة مبينة لمجمل الكتاب، ومخصصة لعامه، أو مقيدة لمطلقه أو موضحة لمشكله، مثال تبيين المجمل ، الأحاديث التى بينت كيفية الصلاة وأوقاتها وعدد صلوات كل يوم وعدد ركعات كل صلاة، وكذلك الأحاديث التى بينت نصاب الزكاة فى كل نوع من أنواع الزكاة، فقد بينت هذه الأحاديث الإجمال الوارد فى قوله تعالى : " **أقيموا الصلوة وآتوا الزكاة** " . ومثال توضيح المشكل : بيان النبي صلى الله عليه وسلم ـ الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر بأنه بياض النهار وسواد الليل . ومثال تخصيص العام: قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " **لا يرث القاتل شيئاً** " [7]. فإنه مخصص لعموم قوله تعالى : " **يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** " [8]. ومثال تقييد المطلق : تقييده ـ صلى الله عليه وسلم ـ " اليد " فى قوله تعالى : " **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** " [9]. بيد السارق اليمنى ومن الرسغ.

---

(١) ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ ٣ ص٧٠١ كتاب الحج، مسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق جـ ٣ ص ١٠٣٦ كتاب القسامة.

(٢) سورة البقرة ، آية [١٨٨].

(٣) ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ ١ ص ٦٣ كتاب الإيمان وهذا الحديث ورد فى صحيح مسلم على النحو التالي " **بنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وان محمداً عبده ورسوله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت وصوم رمضان** " انظر صحيح مسلم جـ١ ص٤٥ كتاب الإيمان.

(٤) سورة البقرة ، آية [١١٠].

(٥) سورة البقرة ، آية [١٨٣].

(٦) سورة آل عمران ، آية [٩٧].

(٧) انظر للشوكاني ـ نيل الأوطار ـ مرجع سابق جـ ٦ ص ٧٤ باب أن القاتل لا يرث وان دية المقتول لجميع ورثته من زوجة وغيرها.

(٨) سورة النساء ، آية [١١].

(٩) سورة المائدة، آية [٣٨].

أما الوجه الثالث : وهو ما يعنينا فهو : أن السنة قد تـأتي بحكم سكت عنه القـرآن الكريم فلم ينص عليه ولا على ما يخالفه.

وقد دل الاستقراء على أن فى السنة أشياء لا تحصى كثرة لم ينص عليها فى القرآن الكريم. كتحريم نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، فقد ورد أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ " **نهى أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها** " (١).

وكذلك تحريم الحمر الأهلية وكل ذى ناب من السباع، فقد روى عن خالد بن الوليد أنه قال : " غزوت مع رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ خيبر فأتت اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم، فقال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم "ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها، وحرام عليكم حمر الأهلية وخيلها، وبغالها، وكل ذى ناب من السباع، وكل ذى مخلب من الطير" (٢).

فقد أتت السنة بأحكام سكت عنها القرآن، وذلك أمر لا شك في حجيته حيث روى عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ انه قال : " **ألا إنى أوتيت الكتاب ومثله معه لا يوشك رجل شبعان على أريكته يقول عليكم بهذا القرآن فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه، وما وجدتم فيه من حرام فحرموه، ألا لا يحل لحم الحمار الأهلي ولا أكل ذى ناب من السبع ولا لقطة معاهد إلا أن يستغني عنها صاحبها، ومن نزل بقوم فعليهم أن يقروه فإن لم يقروه فله أن يعقبهم بمثل قراه** " (٣). وقال ــ صلى الله عليه وسلم : "**لا ألفين أحدكم متكئاً على أريكته يأتيه أمر مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول لا أدري، ما وجدنا فى كتاب الله اتبعناه** " (٤). وقال ــ صلى الله عليه وسلم ــ " **ألا هل عسى رجل يبلغه الحديث عنى وهو متكئ على أريكته فيقول بيننا وبينكم كتاب الله فما وجدنا فيه حلال استحللناه وما وجدنا فيه حراماً حرمناه، وإن ما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ كما حرم الله** " (٥). فهذه الأحاديث تدل على أن فى السنة

---

(١) انظر ابن حجر– فتح الباري – مرجع سابق جـ٩ص١٩٣كتاب النكاح–باب لا تنكح المرأة على عمتها.

(٢) انظر أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص ٣٥٥ ــ كتاب الأطعمة ــ باب النهي عن أكل السباع.

(٣) أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق جـ ٤ ص ١٩٩ كتاب السنة باب فى لزوم السنة.

(٤) الترمذي ــ سنن الترمذي (الجامع الصحيح) ــ مرجع سابق جـ ٥ ص٣٨ كتاب العلم ، أبو داود سنن أبى داود ــ المرجع السابق جـ ٤ ص ١٩٩ نفس الموضع.

(٥) الترمذي ــ سنن الترمذي (الجامع الصحيح) ــ مرجع سابق جـ ٥ص ٣٨ كتاب العلم.

أحكاماً سكت عنها القرآن وهي ما تعرف بالسنة المستقلة أو المنشئة. وهذه الأحكام لها حجية على ما تضمنته من أحكام . وهذا النوع من السنة يبين حكم ما سكت عنه القرآن الكريم[1].

خامسا: السكوت والسنة النبوية :

سبق أن عرفنا السنة عند الأصوليين بأنها : تطلق على ما جاء منقولاً عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ على الخصوص مما لم ينص عليه فى الكتاب العزيز. بل إنما نص عليه من جهته ــ عليه الصلاة والسلام ــ كان بياناً لما فى الكتاب أولا. وهى بذلك تعني كل ما صدر ــ عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير مقصود به التشريع[2].

وهذا يعني أن بيان النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ للأحكام قد يكون بالقول وهو ما يعرف بالسنة القولية، وهى أقوال الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ التى قالها فى مناسبات مختلفة وأغراض شتى، وهى التى تطلق عليها اسم الحديث عادة. فإذا أطلق هذا الاسم تبادر إلى الفهم أن المقصود به السنة القولية وهى كثيرة جداً، وهذا النوع من السنة خارج عن إطار السكوت.

---

(١) راجع فى السنة وحجيتها ــ الشاطبي ــ الموافقات ــ مرجع سابق جـ ٣ ص٣٨٩، ٤٣٦ وما بعدها، ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص٥٥ وما بعدها، د/ عبد الغني عبد الخالق ــ حجية السنة ــ المعهد العالي للفكر الإسلامي ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦ ص٢٤٣ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٧٣ وما بعدها، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص١٦١ وما بعدها، الشيخ محمد الخضري ــ أصول الفقه ــ مرجع سابق ص ٢٧٨ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤٥ وما بعدها، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ١٣٨ ، د/ محمد كمال إمام ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٥٤ وما بعدها، د/ محمود محمد الطنطاوي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٩٣ وما بعدها.

ويجدر التنبيه إلى أن المراد بحجية السنة أنها دليل على حكم الله يفيدنا العلم أو الظن به ويظهره ويكشفه لنا فإذا أعلمنا الحكم بواسطته وجب علينا الامتثال والعمل به ، فلذلك قالوا ، معنى حجية السنة وجوب العمل بمقتضاها ، والمعنى الحقيقي للحجية هو الإظهار والكشف والدلالة ويلزم هذا وجوب العمل بالمدلول حيث إنه حكم الله . وليس معناها أنها أثبتت الحكم فى الخارج وأوجدته وأن الرسول حاكم به فمرده إلى الله تعالى ، د/ عبد الغني عبد الخالق ــ المرجع السابق ــ بنفس الموضع.

(٢) راجع فى ذلك الشاطبي ــ الموافقات ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ص ٣٨٩، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص ١٦١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ٢٦، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٥٧-٥٨.

وقد يقع بيانه ــ صلي الله عليه وسلم ــ بالفعل وهو ما يعرف بالسنة الفعلية . وهى ما فعله الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ كأداء الصلاة بهيآتها وأركانها ومثل "قضائه بشاهد ويمين المدعي " ، وأدائه ــ صلى الله عليه وسلم ــ لمناسك الحج، وهذا أيضاً خارج عن إطار السكوت.

وقد يقع البيان بالتقرير ، وهو ما يعرف بالسنة التقريرية، أى : سكوت النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ على إنكار قول أو فعل، صدر فى حضرته ، أو فى غيبته وعلم به، فهذا السكوت منه دليل على جواز الفعل وإباحته.

وأمثلة ذلك كثيرة، منها ما روى عن السيدة عائشة ــ رضى الله عنها أنها قالت : " إن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ دخل على مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: " ألم ترى أن مجززا نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة، وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض " [1].

ففى هذا الحديث الشريف دليل على جواز إثبات النسب بالقيافة، هذا الجواز ثابت بالتقرير، أى سكوت النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عندما شاهد القائف ، وهو ــ كما أسمته روايات الأحاديث ــ مجزز المدلجي ، يقتف أثر أسامة بن زيد وأبيه زيد بن حارثة، وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض، ولم ينكر ذلك عليه بل سُرَّ ــ صلى الله عليه وسلم ــ بذلك.

والقيافة هى :معرفة الشبه وتمييز الأثر، وهى نوعان : قيافة أثر، وتسمى عيافة وقيافة بشر وهى : " علم يبحث فى كيفية الاستدلال بهيئات الأعضاء (وخاصة الأقدام) فى الإنسان على الاشتراك بينها فى النسب والولاء وفى سائر الأخلاق[2] " . والقائف هو : من يجري هذه القيافة أى الذى يعرف الشبه ويميز الأثر، سمى بذلك لأنه يقفوا الأشياء أى يتبعها، قال الأصمعي : هو الذى يقفوا الأثر ويقتافه قفواً أو قيافة والجمع

---

(١) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ١٢ ص٦٦، وقد ورد الحديث برواية أخرى فى نيل الأوطار، جاء بها : " وفى لفظ " قالت : دخل قائف والنبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ شاهد وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فسر بذلك النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأعجبه، وأخبر به عائشة " متفق عليه . أنظر : الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ ٦ ص٢٨٢، وانظر كذلك : الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١١٥٠ ابن القيم ــ زاد المعاد ــ مرجع سابق جـ ٤ ص ١١٦.

(٢) انظر : ابن عبد الرفيع ــ معين الحكام على القضايا والأحكام ــ تحقيق د/ محمد بن قاسم بن عياد دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٨٩ م ــ الجزء الأول ــ ص ٣٤٥.

القافة[1]، فهذا مثال على تقرير النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ لفعل حدث أمامه ولـــم ينكره فكان دليلاً على جواز إثبات النسب بالقيافة.

ومن أمثلة السنة التقريرية كذلك : ما روى عن ابن عمر انه قال : قال النبـــي ــ صلى الله عليه وسلم ــ لما رجع من الأحزاب : " **لا يصلين أحد العصر إلا فى بنـــى قريظة** " فأدرك بعضهم العصر فى الطريق، فقال بعضهم : لا نصلى حتى نأتيهم، وقال بعضهم : بل نصلى ، لم يرد منا ذلك. فذكر ذلك للنبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ " فلـم يعنف واحداً منهم " [2]. ففى هذا الحديث الشريف دليل على جواز ما وقع من الفريقيـــن أى من صلى قبل أن يصل إلى بنى قريظة خوفاً من فوات الوقت، ومن أخر الصـــــلاة حتى وصل بنى قريظة امتثالاً لأمر النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ هذا الجـــواز لـــم يثبت بقول ولا بفعل منه ــ صلى الله عليه وسلم ــ وإنما ثبت بتقريره أى سكوته عندما علم بذلك.

ومن السنة التقريرية أيضاً : ما روى ــ فى قصة ماعز بن مالك ــ عن أبـــى بكر الصديق قال: كنت عند النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ جالساً فجاء ماعز بن مالك فاعترف عنده مره فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده، ثم جاء فـــاعترف عنـــده الثالثة فرده. فقلت له إنك أن اعترفت الرابعة رجمك . قال : فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا ما نعلم إلا خيراً قال : فأمر برجمه [3].

والشاهد فى ذلك قوله : " فقلت له إنك إن اعترفت الرابعة رجمك " . فهذا القـــول قاله أبو بكر لماعز والنبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ حاضر سامع وساكت فكان ذلك

---

(١) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ ١٢ ص٦٦، د/ على محمد يوسف المحمدي أحكام النســب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية ــ رسالة دكتوراه ــ كلية الشريعة والقانون ــ جامعة الأزهــر بالقاهرة سنة ١٩٨٦ ص ٣٣٨ - ٣٤٠.

(٢) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ ٢ ص٥٣١، جــ ٧ ص ٥٠٤ كتاب المغازي باب مرجــع النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ من الأحزاب ومخرجه إلى بنى قريظة ومحاصرته إياهم.

وقد أخرج هذا الحديث الإمام مسلم برواية أخرى : عن عبد الله بن عمر قال : نادى فينا رســـول الله صلى الله عليه وسلم ــ يوم انصرف عن الأحزاب " ألا يصلين أحد الظهر إلا فى بنى قريظة " فتخـوف ناس فوت الوقت فصلوا دون بنى قريظة ، وقال آخرون : لا نصلى إلا حيث أمرنا رسول الله ــ صلـــى الله عليه وسلم ــ وإن فاتنا الوقت. قال : فما عنف واحداً من الفريقين " انظر : مسلم ــ صحيح مســـلم مرجع سابق جــ ٣ ص ١٣٩١ ــ كتاب الجهاد والسير ــ باب المبادرة بالغزو وتقديـــم أهـم الأمريـــن المتعارضين .

(٣) انظر : الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جــ ٧ ص ٩٥.

إقــــراراً [1].

وبعد فهذه أمثلة لثبوت بعض الأحكام الشرعية بالسنة التقريرية ، وهى حجة فـــى ثبوت الأحكام طبقاً للراجح عند الأصوليين[2].

البيان بالسكوت:

ويلحق ببيان النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ للأحكـــام بـــالتقرير، بيانـــه لـــها بالسكوت، أى الكف عن القول ، والفرق بين التقرير وهذا السكوت، أن الأول: يكـــون إزاء فعل حدث أمامه أو قول قيل أمامه أو حدث أو قيل فى غيبته ثم علم به فسكت عن الإنكار عليه. أما الثاني: يكون إزاء سؤال يتطلب جواباً منه فسكت عـــن الجـــواب أو حادثة وقعت وتستدعي بيان حكم فهنا يكون لسكوته ــ صلى الله عليه وسلم ــ دلالة.

---

(1) انظر: د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام ــ مرجع سابق ص ٣٢.

(2) وقد استدل الأصوليون على حجية الإقرار أو السنة التقريرية بما يلي :

١- أن الله تعالى أرسل نبيه بشيراً ونذيراً يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر فلو سكت عما يفعل أمامـــه ــ مما يخالف الشرع ــ لم يكن ناهياً عن المنكر.

٢- استدلوا بعصمته ــ صلى الله عليه وسلم ــ فإن النهي عن المنكر واجب وتركه معصية يتنزه عنها أهـــل التقوى من أفراد الأمة، فأولى أن يتنزه عنها النبي صلى الله عليه وسلم.

٣- إن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز باتفاق .

٤- استدلوا بما علم عن حال الصحابة ــ فى وقائع كثيرة ــ أنهم كانوا يحتجون بتقريره ــ صلى الله عليـــه وسلم ــ على الجواز.

هذا ويشترط لصحة الحكم الثابت بالتقرير ما يلي :

١- أن يعلم النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ بالفعل سواء أسمعه أم رآه مباشرة أم حصل فى غيبته ونقـــل إليه .

٢- أن يكون قادراً على الإنكار .

٣- أن يكون المقر منقاداً للشرع أى مسلماً، أما إن كان كافراً فإن تقريره لا يدل على رفع الحـــرج، فليـــس سكوته عن الإنكار على فعل الكافر حجة.

٤- ألا يمنع من الإنكار مانع فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه فلا يكون حجة، كتركه ــ صلى الله عليه وسلم ــ نقض الكعبة ، ومنه أيضا سكوته فى انتظار الوحي.

انظر فى ذلك : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعيـــة ــ مرجـــع سابق ص٢٨ وما بعدها ، د/محمد حسنى عبد الحكيم ــ الإجمال والبيان وأثرهما فى اختلاف الفقهاء ــ ســـنة ١٩٨٢ ص٦٦ وما بعدها، وفى هذا المعنى انظر : أبو بكر بن العربي ــ المحصـــول فـــى أصـــول الفقـــه مرجع سابق ص١١٢، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجـــع سابق ص٧٩ ، محمد الخضـــري ــ أصول الفقه ــ مرجع سابق ص ٢٧٧.

وهذا السكوت نوعان : **النوع الأول** : أن يسكت لعدم وجود حكم شـــرعي فـــى المسألة، **النوع الثاني** : أن يسكت مع وجود حكم للمسألة، ولكن يمنعه من الإجابة مانع.

فإذا سئل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن حادثة لا حكم فيها فســكت عــن الحكم فيها ودل على أنه لا حكم فيها فى الوقت، فإن استمرت الحال استقرت القضيـــة فيه ويكون هذا إحالة للسائل على حكم الأصل.

وقد يكون المسكوت عنه قد تبين حكمه بدليل ، وهنا يكون سكوته ـ صلـــى الله عليه وسلم ـ بمثابة إحالة منه على الدليل، وقد يكون المسكوت عنه مما يتوهم ثبوته أو يتردد فيه لتعارض الأدلة. فالسكوت فى تلك الحالة دليل الانتفاء.

أما السكوت مع وجود الحكم فهو يكون لمانع من بيان الحكم ومنه أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع فيترك ـ عليه الصلاة والسلام ـ جوابه لعدم الحاجة إلـــى البيــان ولإشعار السائل بتكلفه دون مبرر. أو أن عقل السائل أو عقل بعض السامعين لا يحتمل الجواب تكليفاً وتنفيذاً فيسكت عن جوابه، أو أن يكون سكوتــه علـــى ســبيل الإنكــار للسؤال نفسه لأنه مما لا ينبغي، وقد يكون السكوت أحياناً جواباً. فمن استأذن فى فعــل شئ فسكت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الإذن له دل ذلك على عدم الإذن له[1].

سادسا: السكوت من بعض المجتهدين فى حالات الإجماع السكوتي:

تلك مسألة أخيرة تتعلق بالسكوت التشريعي وهى مســـألة الإجمـــاع[2]الســكوتي ومعناه: أن يبدى بعض المجتهدين ـ فى عصر من العصور ـ رأيه صراحة فى مسألة بفتـــوى أو قضاء، ويسكت الباقي من المجتهدين عن إبداء رأيه بالموافقة ، أو المخالفة

---

(١) انظر فى ذلك تفصيلاً : الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص ١٢٤ وما بعدهــا د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع ســابق ـ ص٣٩ وما بعدها، د/ محمد حسني عبد الحكيم ـ الإجمال والبيان وأثرهما فى اختلاف الفقهاء ـ مرجع ســابق ص٦٣ وما بعدها.

(٢) الإجماع فى اللغة : العزم على الشئ والتصميم عليه، كما يعني : الاتفاق يقال أجمع القوم على كـــذا إذا اتفقوا عليه. أما فى اصطلاح الأصوليين : فله تعريفات كثيرة نختار منها تعريف الآمدي الـــذى عرفـــه بأنه: " اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى عصر مـــن الأعصــار على حكم واقعة من الوقائع " . انظر : الآمدي ـ الإحكام فى أصول الأحكام ـ مرجع سابق جـ ١ص ١٨٠، الإسنوي ـ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع ســابق ص ٤٤٠، ابــن خطيــب الدهشة ـ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ـ مرجع سابق جـ١ ص٢٣٧، عبــد الوهــاب خلاف ـ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ـ مرجع سابق ص ١١٩.

بعد علمه بالحكم[1].وهو يقابل الإجماع الصريح وهو : الاتفاق المعلن صراحة.

والإجماع السكوتي لا يتحقق إلا بتوافر الأمور الآتية:

١-أن يكون السكوت مجرداً من علامات الرضا والسخط لأنه إذا وجد ما يدل على الموافقة كان إجماعاً صريحاً، وكذلك إن وجد ما يدل على المخالفة لم يتحقق الإجماع أصلاً.

٢-أن يتحقق حصول علم الساكتين بقول القائلين، وذلك إما بعرض المسألة عليهم أو نشرها وظهورها بحيث لا تخفى عليهم.

٣-أن تمضى فترة كافية لبحث المسألة وتأملها وتكوين الرأى فيها.

٤-أن تكون المسألة المفتى فيها من المسائل التى يجوز فيها الاجتهاد وهى التى ليس لها نص من الكتاب والسنة، أو لها نص لكنه ظني [2].

وحجية الإجماع السكوتي محل خلاف كبير بين الأصوليين[3]، وليس ذلك محل دراستنا ، فكل ما قصدناه هو الإشارة فقط إلى الإجماع السكوتي بوصفه من قبيل السكوت التشريعي.

---

(١) الإسنوي ــ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ٤٤٠، ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق ص ٢٣٨ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ٧٩ ، على عبد الرازق الإجماع فى الشريعة الإسلامية ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٤٧م ص ٧٤، د/ شعبان محمد إسماعيل دارسات حول الإجماع والقياس ــ مكتبة النهضة المصرية ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣ ص١٠٧ د/أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٧٩.

(٢) راجع فى هذه الشروط : د/ شعبان محمود إسماعيل ــ دراسات حول الإجماع والقياس ــ مرجع سابق ص١٠٧، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٧٩، د/ مصطفى البنجويني ــ فى تحقيقه كتاب مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق هامش ص ٢٣٨ د/رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ٨٠ وما بعدها، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٦٤.

(٣) راجع فى ذلك على سبيل المثال : الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ ١ ص٢٢٨ وما بعدها، الإسنوي ــ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ٤٤٠ وما بعدها، ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق ص ٢٣٨ السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ ٢ ص١٦٧ وما بعدها، د/على عبد الرازق ــ الإجماع فى الشريعة الإسلامية- مرجع سابق ص ٧٤ وما بعدها، د/رمضان على السيد الشرنباصي ==

وبعد، فهذا ما يتعلق بالسكوت التشريعي من حيث معناه ودلالته علـــى الأحكـــام الشرعية، وبذلك يكون كلامنا عن السكوت بعد ذلك ــ فيما يتعلق بالتمييز بينه وبين ما يشتبه به وبيان حكمه، بمعنى وصفه الشرعي وحكمه بمعنى الأثر المــترتب عليــه ــ مقصوداً به السكوت الصادر من المكلف أو المخاطب بالحكم الشرعي.

== السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ٧٩ وما بعدها، د/ أحمــد فــراج حســين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٨٣، الشيخ/ محمد الخضري ــ أصول الفقه ــ مرجع ســابق ص٣١٥ وما بعدها، د/ شعبان محمد إسماعيل ــ دراسات حول الإجماع والقياس ــ مرجع ســابق ص ١٠٨ وما بعدها، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٦٤، د/ محمد كمال إمام ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٧٠.

لمطلب الثاني

تحديد نطاق السكوت

تكلمنا عن أنواع السكوت، وأشرنا إلى أن الكلام عن السكوت فيما سيأتي من البحث خاص بالسكوت الصادر من المكلف. هذا النوع من السكوت مجاله التعبير عن الإرادة التى هى قوام العقود والتصرفات عامة[1]، وذلك فى مجال المعاملات المالية الخاصة من بيع وإجارة وغير ذلك، وأيضاً فى مجال علاقات الأسرة أو ما يعرف بالأحوال الشخصية[2] من زواج وطلاق وحقوق أولاد وغير ذلك من أبواب الفقه

---

(١) ويعرف العقد عند فقهاء الشريعة بأنه : ارتباط القبول بالإيجاب شرعاً على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه، وفى القانون بأنه : توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. أما التصرف فهو ما يصدر عن الإنسان المميز من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثراً ما. فهو يشمل العقد والالتزام. فالتصرف أعم من العقد لأنه يتناول ما كان بإرادتين وما كان بإرادة واحدة، كما يتناول ما كان منشأ لحق، أو منهياً له كالطلاق، أو مسقطاً كالإبراء، وكذلك يتناول ما لم يكن فيه شئ من ذلك كما فى الإخبار بدعوى أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف على تعيينه وعلى هذا فكل عقد تصرف وليس العكس ومن الفقهاء من يفرق كذلك بين الاتفاق والعقد ويرون أن الاتفاق أعم من العقد على أساس أن هناك من الاتفاقات ما لا تعد عقوداً إذ يلزم لعد الاتفاق عقداً أن يقصد به إنشاء علاقة قانونية موضوعها أداء مالي أو أكثر يجب على أحد الطرفين أو كليهما قبل الآخر فإذا توافقت إرادتان على أمر آخر فإن هذا التوافق لا يعد عقداً ولا يولد حقاً أو التزاماً وهذا هو الشأن فى معظم الاتفاقات الأسرية أو الاتفاقات الاجتماعية وإن كان معظم الفقهاء يستخدم الاصطلاحين على أنهما مترادفان ولا تفرقة بينهما. انظر فى ذلك على سبيل المثال : د/ محمد مصطفى شلبي ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٢٢٦، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ـ ص٢٥٠، د/ عبد الودود يحي السريتي ـ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ـ المصادر الأحكام ـ الإثبات ص١٩، د/ مصطفى الجمال ـ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٤٩ ومابعدها، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص١٣٤ وما بعدها، د/ حسن على الشاذلي ـ نظرية الشرط فى الفقه الإسلامي والقانون ـ دار الاتحاد العربي للطباعة ـ بدون تاريخ ص ٣٧ وما بعدها، د/ محمود عبد الرحيم الديب الوجيز فى مصادر الالتزام سنة ١٩٩٨ ص ٢٠.

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى أن اصطلاح الأحوال الشخصية هو اصطلاح وافد لم يعرف فى الفقه الإسلامي فى عصوره الأولى ولم تعرفه مصر قبل دخول النظم الغربية وإنما ابتدعه الفقه الإيطالي فى القرنين الثاني عشر والثالث عشر وكلمة " أحوال " تعني " قوانين " وكان يعني بالأحوال الشخصية مجموعة القواعد والأعراف التى تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص وكان هذا الاصطلاح يقابل اصطلاح الأحوال العينية أى مجموعة القواعد والأعراف التى تنظم المسائل المتعلقة بالأحوال ولقد استمر هذا الاصطلاح إلى وقتنا الحاضر فى معظم النظم القانونية الأجنبية والعربية ويقابله فى الفقه الإسلامي أحكام الأسرة ويلاحظ أيضاً أن هذا الاصطلاح شديد الغموض حيث لا يمكن وضع تعريف منضبط ومحدد له لذلك قد حاولت محكمة النقض المصرية تعريف الأحوال الشخصية وذلك فى حكم شهير لها بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقالت أن المقصود بالأحوال الشخصية : " مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات ==

الإسلامي التى تعتمد على الإرادة فى تكوينها وتحديد آثارها المترتبة عليها. وهو ما يعني به من أقسام القانون الوضعي ـ القانون الخاص بفروعه المختلفة[1]. ليس ذلك فحسب بل قد يدور البحث عن الإرادة وكيفية التعبير عنها أيضاً فى بعض فروع القانون العام، وبخاصة فى القانون الدولي العام فى إطار المعاهدات الدولية بوصفها أداة لتنظيم العلاقات الدولية بين الدول، وهى أيضاً من أهم مصادر القانون الدولي العام. وبقطع النظر عما قيل فى تحديد طبيعة المعاهدات الدولية هل هى عقد أو صورة من صور التشريع الدولي أو تجمع بين المنهجين وعد بعضها عقوداً وبعضها تشريعاً، فإنها على أى حال تتم بالتراضي بين الدول الأطراف فيها ـ دولتين أو أكثر ـ مما يتطلب البحث عن كيفية التعبير عن الإرادة فى هذه المعاهدات الدولية[2]. وكذلك فى إطار

==الطبيعية أو العائلية التى رتب عليها القانون أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو كونه ابناً شرعياً وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو جنونه أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. انظر فى ذلك : د/ عمر عبد الله أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ـ دار المعارف بمصر ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ١٨، د/ منصور مصطفى منصور ـ مذكرات فى القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ـ دار المعارف بمصر سنة ١٩٥٧، ص ١٨٢ ـ ١٨٥، د/ أحمد سلامة ـ الوسيط فى الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين ـ دار الفكر العربي ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨ م ص ٢٣ وما بعدها، د/ حسين توفيق رضا ـ الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ـ دار النهضة العربية ـ سنة ١٩٦٨ م ص١٢ وما بعدها، د/ محمد ناجي ياقوت ـ الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ مكتبة الجلاء الجديدة ـ المنصورة ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤ م ـ ص ١٠ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي وأدلته ـ دار الفكر العربي ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م ـ الجزء السابع ـ الأحوال الشخصية ص٦، د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦ ص١٧٠، د/ توفيق حسن فرج ـ أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ دار الهدى للمطبوعات بالإسكندرية سنة ١٩٩٥ ص١٨ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ـ أصولاً ومنهجاً ـ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م ص٢١٢، ص٦٣٨ ، د/ هشام صادق ـ الموجز فى القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ـ دار الفكر الجامعي سنة ١٩٩٨ ص٢٢، د/ رمضان أبو السعود ـ الموجز فى شرح أحكام الأحوال الشخصية ـ دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٠م من ص ١١ وما بعدها.

وقد سبق ان حددها المشرع فى المادتين (١٣ ـ ١٤) من قانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم القضاء.

(١) وهى القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون البحري والجوي.

(٢) بل فى قواعد القانون الدولي العام بشكل عام طبقاً للرأى الراجح الذى يقرر أن القانون الدولي العام كان ومازال فى مرحلته الراهنة خاضعاً لتأثير المدرسة الإرادية وتفسيرتها حيث يرى أنصارها أن قواعد هذا القانون أوجدتها الإرادة الإنسانية وأن إرادة الدولة هى أساس قوة القانون الدولي العام . انظر فى ذلك:==

القانون الإداري بصدد البحث عن السكوت الإداري أي التزام الإدارة السكوت تجاه طلب أو مطالبة تقدم إليها. ذلك لأن أعمال الإدارة قد تكون تصرفات إيجابية وقد تكون تصرفات سلبية بأن تمتنع عن القيام بأعمال يتعين عليها تنفيذها، بحيث يعد سكوت الإدارة عن القيام بذلك تصرفاً سلبياً غير مشروع[1].

=د/مفيد محمود شهاب ـ الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي العام ـ منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد ٢٩ سنة ١٩٧٣ م ص ٢٣.، والمعاهدة الدولية هي اتفاق دولي يبرم بين دول في صياغة مكتوبة يحكمها القانون الدولي سواء احتوته وثيقة واحدة أم أكثر وأيا كان مسماه. انظر في تعريف المعاهدات وطبيعتها على سبيل المثال : د/ محمد طلعت الغنيمي ـ قانون السلام في الإسلام منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٨٩ م ص ٤٥٨ ـ ٤٦٨ ، د/ حامد سلطان ـ أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٠ ص ٢٣-٢٤، مستشار/ على على منصور الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ـ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ـ الكتاب الأول سنة ١٩٦٥ ص٨٢، د/ أبو السعود محمد عبد اللطيف ـ انقضاء المعاهدات الدولية في قانون السلام المعاصر وقانون السلام الإسلامي ـ رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ١٩٨٩ م ص١-١٠.

(١) د/ محسن خليل ـ مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ـ مطبعة التوني بالإسكندرية سنة ١٩٩٣ ص٧،د/ محمد جمال عثمان جبريل ـ السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦ ص٣، والقانون الإداري الذي هو فرع من فروع القانون العام الداخلي هو مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها أو مجموعة القواعد التي تحكم لإدارة من حيث تنظيمها ونشاطها ووسائلها وعلاقاتها بالأفراد بوصفها سلطة عامة، د/ فؤاد محمد النادي أساسيات القانون الإداري ـ نشر مكتبة الجامعة بدمنهور ـ بدون تاريخ ص١١، د/ محمد على عمران ـ مبادئ العلوم القانونية ـ مرجع سابق ص ٦٤، د/ محمد باهي أبو يونس ـ أحكام القانون الإداري ـ القسم العام ـ دار الجامعة الجديدة سنة ١٩٩٦ م ص ١٠، د/ عصام أنور سليم ـ أسس الثقافة القانونية للتجاريين ـ مرجع سابق ص ٤٧.

الفصل الثاني

التمييز بين السكوت وما يشتبه به

الفصل الثاني
التمييز بين السكوت وما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الإرادة أساس العقود والتصرفات ، وهي مثل سائر أعمال النفس[1] أمر كامن لا يعتد بها إلا إذا أعلن عنها وأبانها صاحبها[2].

أي لابد من التعبير عنها حين ينعقد العزم بها على شئ معين، ويتم ذلك من خلال ما يسمي بوسائل التعبير عن الإرادة، وهي تلك المظاهر الخارجية التي تنقل إرادة الشخص من باطنه إلى غيره من الأشخاص[3].

---

(١) يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر بمراحل أربع : الأولى منها هي مرحلة التصور، وفيها يستحضر الشخص العمل الذي يراد إبرامه، والثانية : مرحلة التدبر، وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج. والثالثة : هي مرحلة التصميم، وفيها يبت الشخص في الأمر وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو هي الإرادة نفسها، والرابعة : مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي فيفصح عن إرادة معينة، تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين والإرادة كما يظهر من هذا التحليل تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً ولذا يشترط فيمن تصدر عنه أن يكون متمتعا بنصيب معين من القوى الذهنية . انظر في ذلك : د/ أنور سلطان ـ الموجز في مصادر الالتزام منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٠ ص ٥٧.

(٢) انظر : الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ تحقيق د/ محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩ م ص ١٤٣، القانوجي البخاري ـ الروضة الندية ـ شرح الدرر البهية دار التراث بالقاهرة ـ بدون تاريخ جـ٢ ، ص ٩٣، الشيخ على الخفيف ـ أحكام المعاملات الشرعية ـ دار الفكر العربي ص ١٨٧، د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٥٢م ص ١٧٤ الشيخ/ محمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ـ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦م ص٢٣٤، د/ عبد المنعم البدراوي ـ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ مكتبة سيد وهبة سنة ١٩٧٧ ص ١٧٢ ، د/ محمد سلام مدكور ـ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ ص ١٦٨، د/ عبد الرازق حسن فرج دور السكوت في التصرفات القانونية ـ دراسة مقارنة ـ مرجع سابق ص ١٦، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ـ دار الفكر العربي سنة ١٩٨٧م ص ٢٦٤، د/ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مرجع سابق ـ ص ١٥١، د/ عبد القادر محمد قحطان ـ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات ـ مرجع سابق ـ ص ٨.

(٣) ووسيلة التعبير عن الإرادة هي : ذلك الإجراء الذي يتجه به الشخص إلى إخطار الغير بالقرار الذي اتخذه، انظر : د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٣٧ د/ محسن البيه ـ مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان ـ مرجع سابق ص ١١١، د/ جلال العدوي ـ أصول الالتزامات ـ مصادر الالتزام ـ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م ص ٨٩ د/مصطفى الجمال القانون المدني في ثوبه الإسلامي ـ مصادر الالتزام ـمرجع سابق ص ٣٧، ص٣٩.

هذا التعبير يتم بوسائل عدة ، يأتي في مقدمتها العبارة ، أي اللفظ، ثم ما ينوب عنه من كتابة، أو إشارة ، وهنا يكون التعبير صريحاً، كما يمكن أن يتم التعبير عنها بطريق الدلالة الفعلية من خلال ما يعرف بالمعاطاة، وما يعرف بالتعبير دلالة أو التعبير " الضمني " ، كما قد يتم بطريق السكوت استثناء وفي حالة التعبير عن الإرادة بطريق غير العبارة فإنه يمكن أن يثور اللبس بين تلك الوسيلة ـ بوصفها غير مصحوبة بلفظ ـ وبين التعبير بالسكوت.

ومن هنا فإننا نحاول من خلال هذا الفصل أن نميز بين التعبير بهذه الوسائل غير اللفظية والتعبير بالسكوت، وذلك بعرض هذه الوسائل والتعرف عليها أولا، ثم بيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين حالة التعبير عن الإرادة بالسكوت.

وبناء على ما سبق نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : السكوت والتعبير الصريح.

المبحث الثاني : السكوت والمعاطاة.

المبحث الثالث: السكوت والتعبير بالدلالة.

تعقيب : السكوت والإذعان .

المبحث الأول

السكوت والتعبير الصريح عن الإرادة

الأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بطريق صريح، أى بوسيلة تدل بذاتها على الإرادة دلالة مباشرة، من غير حاجة إلى إعمال الفكر فى الاستنتاج وذلك إذا تم التعبير بالعبارة أى "اللفظ " أو ما يقوم مقامه من الكتابة والإشارة.

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : التعبير باللفظ .

المطلب الثاني : التعبير بالكتابة .

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة.

المطلب الرابع: أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبير بغير اللفظ.

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة بطريق اللفظ

لا نزاع بين العلماء فى أن الأصل فى التعبير عن الإرادة هو اللفظ أى الكلام فهو السبيل الأول للتعبير عن الإرادة[1].

وفى هذا يقول الإمام ابن القيم تحت عنوان : الألفاظ موضوعة للدلالة على ما في النفس " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما فى نفوسهم . فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما فى نفسه بلفظه ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم هذه قاعدة الشريعة " [2].

فالأصل فى التعبير عن الإرادة والإفصاح عنها هو التعبير بالألفاظ والعبارات ذلك لأنها وسيلة سهلة خفيفة المؤنة فلا تبتغى عملا ولا زمنا شاملة النفع، إذ يمكن التعبير بها عن المحس والمعقول، ومن هنا كان من إحسان الله تعالى الإرشاد إلى اللغات [3].

---

(١) انظر فى ذلك على سبيل المثال : ابن تيمية ــ القواعد النورانية ــ دار المعرفة بيروت سنة ١٩٧٩ ص ١٠٤، الشيخ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص ١٨٧، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٥٢، الشيخ/ محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ محمد سلام مدكور ــ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٨ ، د/ أحمد أبو الفتح ــ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ــ مطبعة النهضة بمصر ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢م ص٢٣٠ د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص ٢٣ د/ مصطفى أحمد الزرقا ــ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٣٢٦، د/ عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام مطبعة السعادة بدون تاريخ ص ٣٥، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ص ١٥٤، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ــ ص ١٤٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مطبعة الأمانة ــ القاهرة ــ الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ ص ٢٥٥، د/ محمد كمال إمام ــ مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي ــ مدخل منهجي ــ المؤسسة الجامعية - بدون تاريخ ــ ص ٣٦٣ د/مصطفى الجمال ــ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٦٤.

(٢) انظر : الإمام ابن القيم ــ إعلام الموقعين عن رب العالمين ــ مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون سنة ١٩٦٨ جـ ٣ ص١٠٥.

(٣) أنظر :د/أحمد إبراهيم بك - كتاب المعاملات مطبعة النصر سنة١٩٣٦م ص٩٦،د/أحمد فهمي أبو سنة==

لذلك ، ينعقد باللفظ كل عقد أيا كان نوعه متى كان العاقد قادرا عليه وبأي لغة عربية أم أجنبية ــ يفهمها المتعاقدان بحيث تدل على المراد من إنشاء عقد أو التزام ولا يشترط في ذلك لفظ معين ولا تركيب خاص؛ لأن المقصود الإفصاح عما في النفس من إنشاء العقد بكلام مفهوم واضح الدلالة على المراد[1].

ويستثنى من ذلك عقد الزواج، حيث يشترط بعض الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية أن تكون الألفاظ المستخدمة في هذا العقد ــ الزواج ــ من مادة النكاح والزواج؛ لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما في القرآن الكريم ، وذلك في قوله تعالى " **زوجناكها**"[2]. وقوله تعالى " **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء** "[3]. ولأن الزواج ليس كغيره من العقود فهو عقد جليل القدر خطير الشأن، وفيه معنى العبادة لله تعالى، وقد اشترط الشارع الشهادة فيه، ولا يستطيع الشاهد ذلك إلا إذا كان العقد بألفاظ صريحة واضحة في الزواج، فيقتصر التعبير عنه بما ورد في لسان الشرع[4].

ومذهب الحنفية في ذلك أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج ، البيع والهبة والصدقة والتمليك. فينعقد النكاح صحيحا بشكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال بشرط توافر النية على إرادة الزواج بالألفاظ التي تحتمل الزواج وتحتمل غيره، كما يشترط فهم الشهود للإرادة. وهذا يقترب من مذهب المالكية الذين يرون أن الأصل في النكاح أن يعقد بلفظي النكاح والزواج وما أخذ منهما، كما ينعقد بغيره من الألفاظ كالبيع والهبة والتمليك إذا ذكر معها ما يدل على أنه أريد بها الزواج.

وعلى ذلك، ينعقد النكاح اتفاقا إذا وقع بلفظ الإنكاح والتزويج، وبغيره عند الحنفية مطلقا، ويشترط عند المالكية، ولا ينعقد بغيره عند الشافعية والحنابلة والظاهرية.

== العرف والعادة في رأي الفقهاء ــ مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ص ١٤ ، د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٧٥.

(١) انظر : الشيخ / علي الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص ١٨٧، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٥٢.

(٢) سورة الأحزاب، آية [٣٧] .

(٣) سورة النساء ، آية [٢٢].

(٤) وفي ذلك : يقول الإمام العز بن عبد السلام : " لا يتعين للعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتعين له لفظ التزويج أو النكاح ، لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالدلالة على مقاصد النكاح " عز الدين بن عبد السلام ــ قواعد الأحكام في مصالح الأنام – مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٨م جـ٢ ص ٩١، ابن قدامة المقدسي الشرح الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ٧ ص ٤٩٤ ، ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق ــ جـ٨ ص٤٦٤، الحلي ــ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ــ مطبعة الآداب في النجف الأشرف الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩ م جـ ٢ ص ٢٧٣.

والراجح لدى الفقهاء هو مذهب الحنفية وهو أن الزواج كغيره من العقود ينعقد بكل لفظ يدل على تمليك العين فى الحال كالتمليك والبيع والصدقة والهبة إذا وجدت قرينة دالة على أن المراد بها الزواج وفهمها الشهود [1].

وخلاصة ذلك ـ كما ذكر الإمام القرافي ـ أن الفقهاء متفقون على اشتراط الصيغ فى النكاح.. حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه وإنما اختلفوا هل ينعقد بغير لفظ التزويج والنكاح أو لا ينعقد إلا بخصوص لفظهما[2].

وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن اللفظ الذى يعبر صراحة عن الإرادة إنما هو اللفظ الصريح. وهو اللفظ الذى ظهر المراد منه ظهورا تاما لسبب كثرة الاستعمال، أو هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، أو هو الذى يستقل بنفسه فى إثبات حكمه تحديدا. ولذلك فحكمه أنه يثبت مقتضاه أى موجبه بمجرد النطق باللفظ أى بعين الكلام دون التوقف على إرادة المتكلم أو عدم إرادته ـ كاستعمال لفظ البيع والشراء فى عقد البيع ، ولفظ الزواج والنكاح فى عقد الزواج.. وهكذا فالألفاظ الصريحة تستقل بنفسها دون توقف على شئ آخر [3].

---

(1) راجع فيما سبق ـ الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٢٢١ ، الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٣٤٤، ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق ـ جـ٧ ص ٤٣٦ ، البهوتي ـ الروض المربع ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٣٠٠، ابن رشد ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م جـ٢ ص٥، الدردير ـ الشرح الصغير ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٧٨، ابن حزم ـ المحلي ـ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت ـ بدون تاريخ ـ جـ٨ ص ٤٦٤، الزنجاني تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ـ ص ١٩٤، د/ محمد مصطفى شلبي ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٢٥٣ ، الشيخ / على الخفيف ـ أحكام المعاملات الشرعية مرجع سابق ـ ص ١٨٨، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٢٦٥ ، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص٢٣ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ـ ص ١٥٥ ، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص١٤٨ ، د/ محمد سراج ـ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٣٧ ـ ٣٨.

(2) انظر : الإمام القرافي ـ الفروق ـ عالم الكتب ـ بيروت ـ طبعة جديدة ـ بدون تاريخ جـ٣ ص١٨٠.

(3) انظر فى ذلك : عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصاري ـ فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٢٢٦، الإمام الغزالي ـ إحياء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٨٨، ابن القيم ـ إغاثة اللهفان مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٩٣ ، السبكي ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق جـ١ ص٨١، محمد عبد الرحمن المحلاوي ـ تسهيل الوصول إلى علم الأصول مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٤١هـ ـ ص ٩٩، د/ عبد الكريم زيدان الوجيز فى أصول الفقه ـ مرجع سابق ـ ص٣٣٦ ، د/ أحمد فراج حسين ـ أصول الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٢٦٩ د/رمضان على السيد الشرنباصي ـ أصول الفقه الإسلامي ص ١٨٩.

أما غير الصريح[1] من الألفاظ فلا يعد من قبيل التعبير الصريح عن الإرادة، بل لابد من نية أو دلالة حال، لذلك جاء في مواهب الجليل " وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى ينزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع " [2]، يعني أنه

---

(١) يقابل الصريح ـ الكنائي ـ والكنائي لغة : أن تتكلم بشئ وتريد به غيره وفي الإصطلاح : لفظ استتر المعني المراد منه ، ولا يفهم إلا بقرينة أو نية أو دلالة حال، والكناية على ضربين كناية غالبة ، وكناية غير غالبة. فالغالبة كل ما أشعر بثبوت المعني في وضع اللغة والشرع كقوله إلحقي بأهلك واعتدي ويريد الطلاق ، أما غير الغالبة فهو كل ما لا يشعر بثبوت المعني في وضع اللغة والشرع كقول الزوج ناوليني الثوب ، ويقول أردت بذلك الطلاق ـ انظر المراجع السابقة في ذات المواضع المشار إليها .

كما يقابل الصريح أيضا التعريض، وهو ضد التصريح ، وهو إفهام المعني بالشئ المحتمل ولغيره أو التلويح وإيهام المقصود بما لم يوضع له حقيقة ولا مجازا ، كقول السائل جئتك لأسلم عليك .

والفرق بين التعريض والكناية، أن الكناية تدل على الشئ بذكر لوازمه وروادفه كقولك : طويل النجاد للطويل ، وكثير الرماد للمضياف .

أنظر : البيضاوي ـ أنوار التنزيل وأسرار التأويل ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٩٢ القرطبي الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد الثاني جـ٣ ص ١٧٢ ، ابن كثير ـ تفسير القرآن العظيم ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٢٨٦ ، الزرقاني على موطأ الإمام مالك ـ مرجع سابق جـ٣ ص١٢٦، ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق ـ جـ١٢ ص٢٠٨ ، د/ محمد علي الصابوني صفوة التفاسير ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص ١٣٤ ، ولسيادته أيضا تفسير آيات الأحكام ـ مرجع سابق جـ١ ص ٣٧٤.

هذا ويستعمل التعريض في الخطبة بالنسبة للمرأة المعتدة من وفاة أو طلاق بائن، ومنه أن يقول الرجل للمرأة : إني أريد أن أتزوج، إنك لجميلة ، أو عزمت على الزواج، أو ما شاكل ذلك من الألفاظ غير الصريحة في خطبة المرأة ، أي طلبها للزواج. أنظر في تفصيل ذلك : د/ عمر عبد الله ـ أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ـ دار المعارف ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ٣٢ د/بدران أبو العينين بدران ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية ـ جـ١ دار النهضة العربية ـ بيروت سنة ١٩٦٧ ص ٩ وما بعدها، د/ أحمد الحصري ـ النكاح والقضايا المتعلقة به ـ مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٧ ص ٣٠ وما بعدها، د/ علي حسب الله ـ الزواج في الشريعة الإسلامية ـ دار الفكر العربي - الطبعة الأولى سنة١٩٧١م ص٢٣، د/ أحمد إبراهيم بك ، مستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ـ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٩٤م ص ٥٣ وما بعدها، د/عبد الفتاح محمد أبو العينين ـ الإسلام والأسرة ـ مكتبة العالمية بالمنصورة ـ بدون تاريخ ص ٩٩،د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ أحكام عقد الزواج في الإسلام ـ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ص ٢٨ وما بعدها ، د/ مصطفى سعيد الخن ـ اثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص٥٧٠. كما يستعمل التعريض في القذف ، وهو لغة : الرمي. وشرعا : هو نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا عاقلا ، أو مطيقا للزنى أو قطع نسب مسلم " وهو من الكبائر " . أنظر في ذلك : ابن فرحون ـ تبصرة الحكام ـ مرجع سابق ـ جـ٣ ص٢٦٢، الماوردي ـ الأحكام السلطانية ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ بدون تاريخ ص٢٨٦، د/ محمد أبو زهرة ـ الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ـ العقوبة ـ دار الفكر العربي ـ بدون تاريخ ص١١٢، د/ عبد العزيز عامر-التعزيز في الشريعة الإسلامية- دار الفكر العربي - بدون تاريخ سنة١٩٦٩م ص١٧٩وما بعدها.

(٢) الحطاب ـ مواهب الجليل ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص ٢٣٠، ابن حجر الهيتمي ـ حواشي الشرواني والعبادي ـ دار إحياء ـ بدون تاريخ جـ٤ ص ٢١٩، د/ عبد الناصر العطار ـ نظرية الالتزام في الشريعة والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ـ ص ٣٥.

لابد فى الكنايات من مرجح للمعني المراد منها[1].

(١) د/مصطفى الزرقا -الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق ــ جــ١ ــ المدخل الفقهي العام ص٣٢٠.

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة بالكتابة

أجاز الفقهاء التعبير عن الإرادة بالكتابة وأقاموها مقام اللفظ في الدلالة على الرضا.فإذا كان التعاقد بين غائبين فإنه يجوز لهما التعاقد بالكتابة مطلقا، في عقود المعاوضات المالية، وفي عقد الزواج كذلك؛ لأن خطاب الغائب كتابة . فالكتاب من الغائب كالنطق من الحاضر، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب[1]. ولكن يشترط للانعقاد على هذا النحو أن يقبل القابل بمجرد وصول الإيجاب له وفهمه ما فيه.

فإذا كتب شخص لآخر كتابا يقول له فيه بعتك كذا بكذا فوصل الكتاب إلى المرسل إليه، فقال في مجلس بلوغ الكتاب أو الرسالة قبلت تم البيع.. وفي الزواج.. إذا أبلغها الكتاب وقرأته أمام الشاهدين ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت فيه لا ينعقد العقد[2].

وعلى هذا يصح التعاقد بالكتابة بين الغائبين بشرط أن يقبل المكتوب إليه بمجرد إطلاعه على الكتاب[3].

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فأجازه المالكية والحنفية والشافعية في وجه[4] والشيعة الزيدية في وجه. عدا عقد الزواج فإنه لا يجوز بالكتابة بين حاضرين؛ لأن عقد الزواج يشترط فيه سماع الشهود كلام المتعاقدين في وقت واحد، أما في غير هذه الحالة فلا يجوز عقد الزواج بالكتابة بين الحاضرين[5].

---

(١) أنظر : البابرتي – شرح العناية على الهداية – مع شرح فتح القدير – المطبعة الكبرى الأميرية سنة ١٣١٦هـ جـ٥ ص٧٩، الكاساني بدائع الصنائع – مرجع سابق – جـ٥ ص ٢٠٦.

(٢) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار – شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر – الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦م جـ٤ ص ٥١٢.

(٣) النووي – المجموع شرح المهذب – مكتبة الإرشاد جدة – السعودية سنة ١٩٧٤ جـ٩ ص ١٧٧.

(٤) جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي " وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة فذلك في حال الغيبة . فأما عند الحضور : فخلاف مرتب ، والأصح الانعقاد " . السيوطي – الأشباه والنظائر – دار إحياء الكتب المصرية – بدون تاريخ ص ٣٣٤ . وجاء في المجموع "....... وفي صحته بالكتابة وجهان أصحهما الصحة " . النووي المجموع مرجع سابق جـ٩ ص ١٥٠.

(٥) دكتور محمد مصطفى شلبي – نظام المعاملات في الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص٢٥٥، الشيخ علي الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية – مرجع سابق ص ١٩٢ ، د/ محمد سلام مدكور – ==

فباستثناء عقد الزواج يجوز التعاقد بين الحاضرين بالكتابة[1].

وخالف في ذلك الشيعة الإمامية، فلا يجيزون التعاقد بالكتابة مطلقا ورد في ذلك : " لا عبرة عندنا معشر الإمامية ، ولا نعقد العقود والمعاملات إلا بالألفاظ أو بإشارة الأخرس" [2]. كما منعه الأباضية إلى ضرورة من خرس أو منع من الكلام. ولا يجوز بإشارة أو كتابة ممن ليس أخرس ولا ممنوعا من كلام على المشهور [3].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز التعاقد بالكتابة بين حاضرين أو غائبين أو بين اثنين أحدهما حاضر والآخر غائب. لأن الكتابة تنبئ عن المقصود فتكون حجة كالنطق، كما أن ذلك يتفق مع مقتضيات العصر وعرف الناس. ولا يشترط لجواز ذلك عجز المتعاقدين عن النطق، بل يصح العقد وإن كانا قادرين على النطق. وهذا ــ بحق ــ يتفق مع مقتضيات العصر ، وظروف التعاملات الحديثة[4].حيث تلعب

==الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٧٠، د/ عبد الحميد محمود البعلي ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ص ٩٧، د / احمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ١٥٢، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٦٠، د/ عبد الحليم القوني ــ حسن النية وأثره في التصرفات ــ مرجع سابق ــ ص ٣٤١.

(١) أنظر في ذلك : ابن الهمام ــ شرح فتح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ، ص ٧٩ ، ابن عابدين ــ حاشية رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٥١٢، الفتاوي الهندية المكتبة الإسلامية تركيا ــ المطبعة الأميرية الطبعة الثانية سنة ١٣١٠هــ جـ٣ ص ٩ ، الحطاب ــ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٨ ، المواق ــ التاج والإكليل ــ مكتبة النجاح ليبيا ــ بدون تاريخ ــ مطبوع مع مواهب الجليل ــ جـ٤ ص ٢٢٨، الخرشي ــ شرح الخرشي ــ المطبعة العامرة الشرقية مصر ــ الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هــ جـ٣ ص ٣٦١، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣ ، أحمد بن يحي المرتضى البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ــ مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧م جـ٤ ص ٢٩٨، القنوجي البخاري ــ الروضة الندية شرح الدرر البهية ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٣ ، العنسي ــ التاج المذهب لأحكام المذهب ــ مكتبة اليمنى الكبرى ــ بدون تاريخ جـ٢ ص ٣١٦ ، النووى ــ المجموع شرح المهذب ــ مرجع سابق جـ٩ ص١٧٧.

(٢) الحلي ــ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ــ مطبعة الآداب في النجف الأشرف ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩م جـ٢ ص ١٣، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ــ مكتبة النجاح ومكتبة طهران سنة ١٣٥٩ هــ المجلة الأولى ص ٤٦.

(٣) أطفيش شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ مكتبة الإرشاد ــ جدة ــ الطبعة الثالثة ــ سنة ١٩٨٥ جـ ٨ ص٢٠٤.

(٤) دكتور محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٥٦، دكتور أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ١٥٠ ، دكتور رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٣٧١.

لكتابة الآن دور كبير في مجال التعبير عن الإرادة فى صورها المتعددة، فهى تعد الوسيلة الأساسية للإدارات ـ حكومية أو غير حكومية ـ فى التعبير عن إرادتها إزاء أمر من الأمور، كالإعلان عن وظيفة أو مناقصة أو بيعا بالمزاد وهكذا.

والكتابة التى يمكن بواسطتها التعبير عن الإرادة ـ على نحو ما ذكرنا ـ هى الكتابة المستبينة المرسومة الموجهة إلى شخص معين، وبموضوع محدد. ومعنى ذلك أن تكون واضحة مفهومة ، مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس فى زمانهم وتقاليدهم وباقية ثابتة بأن تبقى بعد الانتهاء منها.

فالكتابة المستبينة هى ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها كالكتابة على الورق أو على اللوح. ومرسومة أى معنونة تأخذ شكل الرسالة والخطاب . وقد قيل إن القلم أحد اللسانين، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا . وعليه فكل كتاب يحرر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على صاحبه كالنطق باللسان(١).

جاء فى البدائع : " وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة لأنها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ " (٢).

وفى البدائع أيضا : " وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهرا للكتابة المستبينة والإشارة المعلومة من الأخرس " (٣).

وجاء فى حاشية الدسوقي : " وينعقد البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة

---

(١) دكتور وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص٢٠٦، دكتور عبد الحميد محمود البعلي ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص ٩٧، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٣٦٠، د/ عبد العزيز عزام ـ قواعد الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٢٨٤.

وتتقسم الكتابة إلى ثلاثة أنواع [أ] مستبينة مرسومة وهى أن يكون الكتاب فيها مما يقرأ خطه، ويكون وفقا لعادات الناس ورسومهم ، ومعنونا... ويعد الكتاب مرسوما بالختم والتوقيع على حد سواء. [ب] مستبينة غير مرسومة وهى المكتوبة على غير ما هو متعارف بين الناس كأن يكون مكتوبا على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلا، وهذه لغو ولا تعتبر حجة إلا أن نوى أو أشهد على نفسه حيث الكتابة [ج] غير المستبينة هى ما ليس لها بقاء بعد الفراغ من كتابتها كالكتابة على الماء وفى الهواء، وحكمها لغو كالكلام غير المسموع. أنظر فى ذلك : على حيدر ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريف المحامي فهمي الحسيني ـ مكتبة النهضة ـ بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م.الكتاب الأول ص٦١،د/محمد حسني عبد الحكيم -الإجمالي والبيان وأثرهما فى اختلاف الفقهاء سنة١٩٨٣م ص٥٣.

(٢) الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص ٧٩.

(٣) الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٣ ص ٣٣٧.

أو إشارة منهما أو من أحدهما" [1].

وغير ذلك من النصوص التى تبين أن الفقهاء يعتمدون على الكتابة الواضحة المفهومة فى التعبير عن الإرادة ويجعلونها بمثابة القول فى هذا المقام ويعدون " الكتاب كالخطاب"[2] فى إفادة الإرادة ومعرفة وجهتها الحقيقية تجاه التصرفات ، والعقود الإرادية.

وعلى ذلك جاء فى المادة [٦٩] من مجلة الأحكام العدلية [3] أن : " الكتاب كالخطاب" أى أنه كما يجوز لاثنين أن يعقد بينهما مشافهة عقد بيع أو إجارة أو كفالة

---

(١) الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣.

(٢) البابرتي ــ شرح العناية على الهداية ــ مرجع سابق جـ٥ ص ٧٩ ، ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٥١٢.

(٣) مجلة الأحكام العدلية تعتبر أولى المحاولات الرسمية لتقنين أحكام الفقه الإسلامي ، بجمع أحكام المسائل فى باب على هيئة مواد مرقمة ، يقتصر فى المسألة على حكم مختار من الآراء المختلفة التى قالها الفقهاء فيها، وذلك ليسهل الأمر على القضاة فى معرفة الحكم المختار ــ وتطبيقه وحده على الناس دون الآراء المخالفة للرأى المختار ــ وذلك على غرار المدونات القانونية الأوربية الحديثة التى ظهرت فى القرن التاسع عشر. فكانت المجلة محاولة لوضع مجموعة قانونية متكاملة فى المعاملات المدنية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، قامت بها دولة الخلافة العثمانية ، حيث عينة لجنة اسمها " جمعية المجلة" مؤلفة من كبار العلماء برآسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية. وقد باشرت اللجنة عملها عام ١٢٨٥هـ (١٨٦٩م) وانتهت منه عام ١٢٩٣هـ، وصدرت المجلة فى ٢٦ شعبان من هذا العام، وأطلق عليها " مجلة الأحكام العدلية " تحتوى على ألف وثمانمائة وإحدى وخمسين مادة (١٨٥١) فى مقدمة وستة عشر كتابا فى البيوع والإجارات والكفالة.. وسائر أبواب المعاملات المدنية، الدعوى والبينات والتحليف والقضاء-مأخوذة من المذهب الحنفي الذى كان مذهب الدولة الرسمي آن ذاك-وجاء إصدار المجلة دعما لتيار التقنين ، وانتصار لاتجاه الإصلاح التشريعي القائم على أحكام الفقه الإسلامي.

وهو إصلاح ذو شقين : إجرائي ، وموضوعي. وبذلك سدت المجلة فى حينها فراغا كبيرا فى عالم القضاء والمعاملات الشرعية، فبعد أن كانت المسائل مبعثرة فى كتب الفقه العديدة وكانت الفتاوي والأقوال متعددة ومختلفة فى الموضوع الواحد أصبحت الأحكام الشرعية واضحة ثابتة ، لا يحتاج رجال القانون إلى عناء كبير لفهمها وتطبيقها كما أثرت المجلة كثير فى تشريعات الدول الإسلامية حيث صدرت تقنينات كثيرة فى العالم الإسلامي مصدرها الشريعة الإسلامية، إلا أن أغلبها لا يزال ينتظر الإصدار ولما يظهر بعد. كما حركت المجلة أفكار العلماء فى هذا المجال نتج عنه شروح كثيرة للمجلة من أشهرها : شرح " على حيدر " المعروف باسم درر الحكام شرح مجلة الأحكام. وشرح سليم رستم باز، وشرح " الأتاسي " وشرح العلامة السوري " مصطفى الزرقا " وشرح محمد الحسين آل كاشف الغطاء. المعروف باسم " تحرير المجلة " وغير ذلك من الشروح كثير للمزيد من التفاصيل حول المجلة ومضمونها وأهم شروحها راجع على سبيل المثال : صبحي محمصاني ــ فلسفة التشريع فى الإسلامي دار العلم للملايين ــ بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٩٦١ ص ٨٤ وما بعدها، د/ محمد كمال إمام مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي ــ مدخل منهجي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م، ص ٢٨٨ وما بعدها، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٢٨٢ وما بعدها، د/ فاطمة محمد سليم العوا ــ تأثير مجلة الأحكام العدلية على ==

أو حوالة أو مـــا إلى ذلك من العقود يجوز لهم عقد ذلك مكاتبة أيضا بشرط أن تكـــون الكتابة سالمة مـــن شبهة التزوير [1]. وهذه المادة ـ كما هو واضح ـ مـــأخوذة مـــن نصوص الفقه الحنفي .

كما جاء أيضا فى م (١٦٠٦) " الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان " [2].

وجاء أيضا فى مرشد الحيران [3] فى م ٣٤٦ : " كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة " [4].

الــرسـالة كالكــتــابــة :

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن الرسالة تأخذ حكم الكتابة فى هذا المجـــال والمراد بالرسالة : أن يرسل أحد العاقدين إلى الآخر الغائب رســـولا يبلغـــه الإيجـــاب شفاهة باللفظ، والرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرســـل إليـــه ويكون مجلس العقد مجلس التبليغ فيجب أن يقبل فيه [5].

وصورة الرسالة : أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول : إنى بعـــت هـــذا الشئ (ملكي) من فلان الغائب بكذا فاذهب إليه وقل له إن فلانا أرسلني إليك وقال لـــي :

==التقنينات العربية ـ دراسة تطبيقية على عقد التحكيم بحث قدم إلى كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه عام ١٩٩٩م ص ٣٤ وما بعدها.

(١) انظر : على حيدر ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ مرجع سابق ـ الكتاب الأول البيـــوع مـــادة (٦٩) ص ٦١ ، سليم رستم باز ـ شرح المجلة الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٣م ، المطبعة الأدبية ـ بيروت م(٦٩) ص ٤٩.

(٢) انظر : سليم رستم باز ـ شرح المجلة ـ المرجع السابق ـ ص ٩٠٠.

(٣) كتاب مرشد الحيران أيضا محاولة فى سبيل تقنين أحكام الفقه الإسلامي إلا انه محاولة فردية لتدوين الفقه الإسلامي فى صورة مواد قانونية وهو ليس تقنينا ملزما وإن اعتمد عليه القضاة . وهو من عمل الوزيـــر المصري قدري باشا. مستمد من المذهب الحنفي على غرار مجلة الأحكام العدلية. راجع دكتور محمـــد كمال إمام مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي ـ مدخل منهجي ـ مرجع سابق ـ ص ٢٩٢.

(٤) انظر : قدري باشا مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان فى المعاملات الشرعية على مذهب الإمـــام أبى حنيفة النعمان ـ المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨م ، كتاب البيع م٣٤٦ ص٨٩.

(٥) أنظر : د/ أحمد أبو الفتح ـ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ـ مرجع ســـابق ص٢٣٠، د/ محمد مصطفى شلبي ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ـ مرجـــع سـابق ص ٢٥٦ د/عبد الرزاق السنهوري ـ مصادر الحق فى الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بالفقـــه الغربـــي مقدمـــة صيغة العقد ـ معهد البحوث والدراسات العربيـــة ســـنة ١٩٦٧م ص ٩٩، د/ عبـــد الحميـــد البعلـــي ضوابط العقود ـ مرجع سابق ـ ص ٩٧، د/ أحمد فراج حسين . الملكية ونظرية العقد فـــي الشـــريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ١٥١ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية العقد فى الشريعة الإســـلامية والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ص ١٥٩، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفـــات القانونية مرجع سابق ص ٢٥.

قل له إني قد بعت هذا من فلان بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع. لأن الرسول كما سبق ـ سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس(١).

وبإرسال الرسول على تلك الصورة كأنه حضر بنفسه، أو كتب له كتابا يفصح فيه عن إرادته فيعتد بها على هذا النحو. ولذا ، جاء في نصوص الفقهاء : " أن الكتاب كالخطاب وكذا الإرسال " (٢). وهذا يوضح أن الرسول يؤدي مهمة الخطاب أي الكلام شفاهة، في مجال التعبير عن الإرادة.

---

(١) الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) انظر : ابن الهمام شرح فتح القدير ـ مرجع سابق جـ٥ ص ٧٩، بن عابدين ـ حاشية در المحتار على الدر المختار ـ مرجع سابق جـ٤ ص ٥١٢، المرغيناني ـ الهداية ـ مطبوع مع شرح فتح القدير السابق الإشارة إليه ـ جـ٥ ص ٧٩ ، الفتاوى الهندية ـ مرجع سابق ـ جـ٣ ص ٩ ، ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة ـ تحقيق وتعليق ـ عبد العزيز محمد الوكيل ـ مؤسسة الحلبي وشركاه بدون تاريخ ص ٣٣٩ .

المطلب الثالث

التعبير بالإشارة

من الوسائل التى تقوم مقام اللفظ فى الإفصاح عن الإرادة الإشارة. وهى عبارة عن حركات تصدر عن الإنسان برأسه أو يده، تفيد تعيين شئ أو تلويح بشئ يفهم منه المراد فهى ترادف النطق فى فهم المعني[1].

والإشارة قد تكون من أخرس " غير قادر على النطق " وقد تكون من من قادر على النطق.

وغير القادر على النطق " الأخرس " إما أن يكون خرسه أصليا وإما أن يكون عارضا أو طارئا.

فتلك حالات الإشارة نتناولها بالتفصيل على النحو التالي :

أولا: إشارة الأخرس خرسا أصليا :

فأما إشارة الأخرس الأصلي : وهو المعقول اللسان خلقة بأن ولد به بحيث لا يستطيع النطق مطلقا. فهى إشارة معتبرة بلا خلاف بين الفقهاء، وتقوم مقام عبارة الناطق تماما، ذلك لأن التعبير بالإشارة فى مثل حالته هو الطريق الأصلي والطبيعي لمن لا يقدر على النطق[2].

ويشترط لاعتبار الإشارة فى هذه الحالة أن تكون مفهومة ، معهودة، سواء أكانت

---

(١) انظر : د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ منشأة المعارف ــ بالإسكندرية سنة ١٩٦٩م، ص ٦٥ ، د/ محمد حسني عبد الحكيم ــ الإجمالي والبيان ــ مرجع سابق ص ٥٦ ، د/ عبد الحميد محمود البعلي ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ص٩٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٦١.

(٢) أنظر فى ذلك : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص ٢٠٢، الرملي ــ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٨١، الحطاب ــ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ــ جـ٤ ص ٢٢٩، الخرشي ــ شرح الخرشي ــ مرجعه سابق جـ٣ ص ٣٦١، أحمد بن يحي المرتضى ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٩١، محمد بن يوسف أطفيش ــ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ مرجع سابق ــ جـ٨ ص ٢٠٥، القنوجي البخاري ــ الروضة الندية ــ شرح الدرر البهية مرجع سابق ص ٩٣ ، العنسي ــ التاج المذهب لأحكام المذهب ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٣١٦ الحلي ــ شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ١٣ــ العاملي الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية . دار العالم الإسلامي ــ بيروت ــ بدون تاريخ جـ٣ ص ٢٢٢، د/ وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢١٥ د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٥٦، د/ عبد الحليم القوني ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص ٣٤٢.

باليد أم الحاجب أم الرأس، فإن لم تكن كذلك فلا قيمة لها ولا يعتد بها[1].

وبناء على ذلك جاءت القاعدة الفقهية بالمادة [٧٠] من مجلة الأحكام العدلية : "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان " بمعني أن الأخرس وهو المعقول اللسان خلقة تكون إشارة معتبرة كبيان الناطق فى بناء الأحكام عليها.

ويشترط أن يكون القاضي عالما بتلك الإشارة، وإلا ، فيجب أن يستخبر ممن يعرفونها من أصدقائه وجيرانه ، وإخوانه فيترجم له حتى يحيط علما بذلك، وينبغي أن يكون المترجم عدلا معقول القول.

وتعد إشارة الأخرس " الأصل " ولو كان مقتدرا على الكتابة وهو المعتمد[2].

مسوغات الاعتداد بإشارة الأخرس خرسا أصليا:

إذا كان الأصل فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي هو اللفظ فإنه كان لزاما أن يكون هناك مسوغ لخروج الفقهاء عن هذا الأصل واعتدادهم بالإشارة.

هذا المسوغ صرح به الرملي فى نهاية المحتاج بقوله : " وإشارة الأخرس أو كتابته بالعقد كالنطق من غيره للضرورة " [3].

فالضرورة ــ كما هو واضح من النص ــ هى التى دعت إلى الخروج عن التعبير بالنطق واللفظ إلى الاعتداد بالإشارة ، وذلك لأن فى عدم الاعتداد بإشارة الأخرس تضييقا وحرجا، ومعلوم أن من أسس الشرع الإسلامي رفع الحرج والمشقة،

---

(١) الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص ٢٠٢، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢١٦، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ٣٤٤ ، السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ دار الكتب العلمية بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ جـ ١ ص ٨٤.

(٢) انظر:على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ ص ٦٢ شرح م(٧٠)، سليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ــ ص ٤٩ م(٧٠) ، د/ مصطفى أحمد الزرقا ــ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جـ١ ص ٣٢٨، د/ أحمد أبو الفتح ــ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ، مرجع سابق ص ٢٣١ ، " وهناك رأى فقهي يقول : إن الأخرس القادر على الكتابة لا يعتد بإشارته لأنها أقل دلالة من الكتابة فلا تقبل مع إمكانية الكتابة " .

أنظر فى ذلك : الشيخ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص١٩٣ د/عبد الودود السريتي ــ المدخل لدراسة بعض النظريات فى الفقه الإسلامي مرجع سابق ص٩٧ د/عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ص٣٧، د/ أحمد فراج ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ١٥٢.

(٣) الرملي ــ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٨٥.

فأما وجه الحرج فإن الأخرس لا يستطيع التكلم، وهو محتاج لإجراء معاملاته المدنية التى يحتاج إليها بوصفه آدميا، ولو لم تعتبر إشارته وهى الوسيلة الوحيدة التى لا يملك غيرها لأدى ذلك إلى حرمانه من إجراء تلك المعاملات، ولما صحت معاملته لأحد من الناس ، ولكان – من ثم – عرضة للموت جوعا، لهذا كان الاعتداد بإشارة الأخرس دفعا للحرج والمشقة والضرر عنه، وتيسيرا عليه بإعطائه إمكانية التعبير والإفصاح عن إرادته عن طريق إشارته المفهومة التى تدل على رضاه، ومن ثم اتفق على جعل إشارته المعهودة كالبيان باللسان[1].

كما أن الشارع اعتبر إشارة الأخرس فى العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صحيحة ، فكذلك المعاملات.

كما أن الإشارة فى بعض الأحيان تقبل وتكون بيانا فى القادر فى بعض المواضع فقد ثبت أن الرسول - صلى الله عليه وسلم- وهو أفصح العرب والعجم قد أنبأنا بالإشارة عدد أيام الشهر حينما قال : " **الشهر هكذا وهكذا وهكذا، ثم عقد إبهامه فى الثالثة ، ويشير بيده أنه تسعة وعشرون ليلة صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فاقدروا ثلاثين**"[2]. وبذلك فالعاجز عن النطق أولى أن تقبل شهادته وتكون بيانا لما يريد.

بالإضافة إلى ما سبق، فإنه لما كان الكتاب فى الغائب معتبرا كالخطاب وهو قادر على الحضور فأولى أن تعتبر الإشارة من الأخرس لعجزه وعدم قدرته على الكلام والتعبير، فكانت إشارته كالبيان من الناطق[3].

ثانيا: إشارة الأخرس خرسا عارضا:

- وأما من كان خرسه عارضا " طارئا " ، فهذا ما يعرف " بالمصمت" وهو الذى اعتقل لسانه أى احتبس عن الكلام ولا يقدر عليه لمرض أو غيره من خوف، أو سقوط

---

(١) محمد قدرى باشا – مرشد الحيران م (٣٤٦): " وينعقد البيع أيضا بالإشارة المعروفة للأخرس" ص٨٩، على حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام – مرجع سابق – ص٦٢، سليم رستم باز شرح المجلة – مرجع سابق ص٤٩، د/ وحيد الدين سولر – التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى مرجع سابق ص٢٧١، د/ عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامى – مرجع سابق ص٢٨٥.

(٢) ابن حجر – فتح البارى – مرجع سابق جـ ٤ ص١٥٢ – كتاب الصوم، الشوكانى – نيل الأوطار مرجع سابق جـ ٤ ص١٨٩، كتاب الصيام – باب ما جاء فى يوم الشك.

(٣) راجع فى ذلك : د: عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامى – مرجع سابق – ص٢٨٦ ، ٢٨٧.

من شاهق، وربما يزول خرسه، وينطلق لسانه[1].

أما الاعتداد بإشارته، فإنه إذا كان يعرف الكتابة، صحت عقوده بها مادامت مستبينة ومرسومة على ما جرت به العادة، وتكون حجة كالنطق.[2].

أما إذا كان لا يعرف الكتابة فإن إشارته لا تكون حجة معتبرة إلا إذا استدامت علته ووقع اليأس من كلامه يقول ابن نجيم : " ... فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه " أى أنه يعتد فى إقراره بإشارته المعروفة، ويعتبر كما لو كان خرسا أصليا ومثل هذا النص أيضا فى أشباه السبكى: "... ومن اعتقل لسانه فأوصى بالإشارة المفهمة أو قرئ " كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم صحت "[3] وأجازها بعض الفقهاء مطلقا لتعذر نطقه[4].

هذا عن حكم إشارة الأخرس، وهو المعقول اللسان خلقة، أو عاهة دائمة، وقد علمنا أن الخرس الطارئ يأخذ حكم الخرس الأصلى فى حالة استدامة المرض أو الاعتقال واحتباس اللسان، ويعتد بإشارته وتقوم مقام نطقه.

ثالثا: إشارة غير الأخرس:

- وأما إشارة غير الأخرس، وهو القادر على النطق فقد اختلف الفقهاء حول الاعتداد بإشارته، وكان خلافهم على رأيين :

الأول: جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية، والشيعة الإمامية، والإباضية[5] على أن إشارة القادر على النطق لا يعتد بها، وتعد لغوا ، وذلك لأن غير الأخرس قادر على

---

(١) العنسى ــ التاج المذهب لأحكام المذهب ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٣١٦، انظر: علي حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ص٦٣، د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢١٩.

(٢) انظر: د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١٥٢.

(٣) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص٢٠٣، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٣٤٤، السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ١ ص٨٥، على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٦٣.

(٤) أحمد بن يحيى المرتضى ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٩١.

(٥) الرملى ــ نهاية المحتاج ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٣٨٥، النووى ــ روضة الطالبين ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م جـ٣ ص٥، الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٠٣، محمد ابن يوسف أطفيش ــ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ مرجع سابق جـ ٨=

الكلام فلا محل لاستعمال إشارته، كما أن الأصل فى اعتبار إشارة الأخرس راجع إلى حالة الضرورة، ورفع الحرج، والضرر عن الأخرس الذى لا يستطيع النطق، ومن ثم فلا محل للاعتداد بها من القادر على النطق لعدم الداعى لذلك.

جاء فى الأشباه لابن نجيم: " وإن لم يكن ـ غير الأخرس ـ معتقل اللسان لم تعتبر إشارته مطلقا إلا فى أربع : الكفر ، والإسلام ، والنسب ، والإفتاء .... يزاد أخذا من مسألة الإفتاء بالرأس إشارة الشيخ فى رواية الحديث، وأمان الكافر أخذا من النسب لأنه يحتاط فيه لحقن الدم "[1].

ومثل هذا النص فى أشباه السيوطى : ".... وأما القادر على النطق فإشارته لغو إلا فى صور.. إشارة الشيخ فى رواية الحديث كنطقه وكذا المفتى.. أمان الكفار ينعقد بالإشارة تغليبا لحقن الدم، كأن يشير مسلم إلى كافر فينحاز إلى صف المسلمين، إذا سلم عليه فى الصلاة يرد بالإشارة...."[2].

فالأصل عند الجمهور أن إشارة غير الأخرس ـ القادر على النطق ـ لا يعتد بها فى الإفصاح عن إرادته إلا أنهم ـ كما رأينا ـ أوردوا على هذا الأصل استثناءات فى حالات اعتدوا فيها بالإشارة من غير الأخرس، أى إن رفضهم وعدم اعتدادهم بإشارة غير الأخرس ليس مطلقا.

الثانى: يرى المالكية والشيعة الزيدية من وجه[3] أن الإشارة صالحة للتعبير عن الإرادة مطلقا ، أى للقادر على النطق، والأخرس، سواء أكان خرسا أصليا أم عارضا.

جاء فى مواهب الجليل: ".... وبالإشارة الدالة على ذلك ، وهى أولى بالجواز من

=ص٢٠٥، محمد الحسينى آل كاشف الغطاء تحرير المجلة ـ مرجع سابق ـ المجلد الأول ص ٤٦ د/ محمد مصطفى شلبى ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٢٥٦ ، د/ على الخفيف ـ أحكام المعاملات الشرعية ـ مرجع سابق ـ ص ٩٣، د/ محمد سلام مدكور ـ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص١٧٠، د/ عبد الحميد البعلى ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص٩٩ د/رمضان على السيد الشرنباصى ـ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٣٦٢.

(١) انظر ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ص٣٤٤، ابن عابدين ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار ـ مرجع سابق ـ جـ ٤ص ٥١١.

(٢) انظر السيوطى ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ ص٣٣٩، السبكى ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق جـ١ ص٨٤.

(٣) نقل عن الزيدية أيضا رأى يوافق الجمهور فى عدم الاعتداد بإشارة الصحيح وأنها لا حكم لها: انظر العنسى ـ التاج المذهب لأحكام المذهب ـ مرجع سابق جـ٢ ص٣١٦.

المعاطاة[1]؛ لأنها يطلق عليها أنها كلام.. قال تعالى : (قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا)[2]. والرمز الإشارة. وغير الأخرس كالأخرس" .

" وكذا غير الأخرس إذا فهم منه بالإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها"[3] وفي الروضة الندية: " .. والحاصل أنا لم نجد في الكتاب والسنة بعد ذكر مطلق البيع إلا قيد الرضا، والأمور المشعرة به أعم من الألفاظ التي اصطلح عليها الفقهاء، فيندرج تحت الرضا كل ما دل عليه ولو إشارة من قادر وكتابة من حاضر"[4].

وهكذا ، فكتب المالكية والشيعة الزيدية صرحت بالنص على أن إشارة القادر على النطق معتبرة، معتد بها في التعبير عن الإرادة.

ويستدلون لذلك ــ كما هو واضح من النصين ــ بأن الإشارة مادامت مفهمة متعارفا عليها تقوم مقام النطق، وقد سماها الله تعالى كلاما، ومن ثم فهي في منزلة النطق.

كما أنه لم يرد في الكتاب والسنة ما يحتم التعبير عن الإرادة والرضا بطريقة معينة، ومن ثم فكل ما يشعر بالرضا ويدل عليه من قول أو فعل أو إشارة من قادر على النطق أو كتابة ولو من حاضر يعتد به ويستدل به على الرضا.

- وبالنظر في كتب الحنابلة أيضا يمكن أن ندرك أنهم يوافقون المالكية والشيعة الزيدية في الاعتداد بالإشارة ولو من قادر على النطق ــ بوصفه ذلك وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وإن كانوا لم يصرحوا بذلك. فقد جاء في كشاف القناع : "..... ولم ينقل عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ ولا عن أحد من صحابته ــ استعمال إيجاب وقبول في بيعهم"[5]. فالحنابلة أيضا لم يرد عنهم ضرورة التعبير عن الإرادة بشكل معين، وإنما ما يفيد الرضا أيا كانت وسيلة التعبير عن ذلك.

وهكذا نرى أن الرأي الثاني ــ المالكية ومن وافقهم ــ هو أوسع المذاهب في مسألة الاعتداد بالإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، حيث يجيزون التعاقد بالإشارة

---

(١) سوف نبين معنى المعاطاة ومدى صلاحيتها للتعبير عن الإرادة في موضع لاحق.

(٢) سورة آل عمران آية [٤١].

(٣) انظر: الحطاب ــ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٩.

(٤) انظر : القنوجي البخاري ــ الروضة الندية ــ شرح الدرر البهية ــ مرجع سابق جـ٢ ص٩٣.

(٥) انظر: البهوتي ــ كشاف القناع عن متن الإقناع ــ مرجع سابق جـ ٣ ص١٤٨.

ولو من غير أخرس . كل ما هنالك أن تكون الإشارة مفهومة دالة على الرضا، أو على الإرادة بحسبها. وهذا الرأى ــ من وجهة نظرى ــ هو الذى يساير ظروف العصر[1] ومقتضيات التعامل الحديثة، ولذلك رجحه كثير من أساتذتنا المعاصرين.

وبخاصة لو وضعنا فى الحسبان ما أورده الحنفية والشافعية من استثناءات على عدم الاعتداد بالإشارة واعتبروا دلالة الإشارة فى مواطن كثيرة عرفناها من خلال النصوص التى عرضناها عند الكلام عن الرأى الأول أى إنهم لم يرفضوها رفضا مطلقا.

وبالإضافة إلى ذلك ، فإننا نجد الإشارة يعول عليها الآن كثيرا فى التعبير عن الإرادة فى مجالات مختلفة، منها على سبيل المثال: التصويت على الآراء بشأن مسألة ما. حيث يتم معرفة الموافقة على تلك المسألة من خلال الإشارة برفع اليد دليلا على الموافقة، وهذا حادث فى المجالس التشريعية، وفى غيرها من المجالس التى تعتمد فى قراراتها على الأخذ بالأغلبية فى حسم مسألة ما. كما يعتد بالإشارة المعهودة فى البيع بالمزاد، أو فى التعامل فى أسواق الأوراق المالية[2].

ولذا: فإن مذهب المالكية ومن وافقهم فى جواز إظهار الإرادة بكل ما يدل عليها من قول أو كتابة، أو إشارة .. مطلقا . هو الأوفق فى التعبير عن المصالح، وهو الأسلم فى البعد عن التناقض[3]. مع ملاحظة أنه يستثنى من ذلك عقد الزواج لجلال قدره وعظيم شأنه وأهميته ، فلا ينعقد بالإشارة[4].

---

(١) انظر على سبيل المثال د/ عبد الرزاق السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق جـ١ ص١٠٦، د/ عبد الناصر العطار ــ نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ــ ص٣٧، د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٢٧، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ــ ص١٦٢، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ ص٤١.

(٢) انظر د/ مصطفى الجمال – القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى– مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٦٥.

(٣) انظر د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٤١.

(٤) د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٦٥، د/أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١٥٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٦٣.

نطاق الاعتداد بالإشارة:

دلالة الإشارة على التعبير عن الإرادة ــ على النحو الذى عرضناه آنفا ــ بالنسبة للأخرس، ولغيره ــ وبما ورد بشأنها من خلاف فيما يتعلق بإشارة غير الأخرس هى دلالة معتد بها فى كل تصرفاته ومعاملاته من بيع وشراء ورهن وإبراء وإقرار، إلا أنه يرد عليها استثناءات لا تعتبر الإشارة بالنسبة لها(1).

جاء فى أشباه ابن نجيم : " الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة فى كل شئ من بيع وإجارة ورهن ونكاح... إلا فى الحدود ولو حد قذف ، وهذا مما يخالف فيه القصاص الحدود. وفى رواية أن القصاص كالحدود فلا تثبت بالإشارة.. ويزاد عليها الشهادة، فلا تقبل شهادته"(2).

وفى أشباه السيوطى " ... الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق فى جميع العقود... ويستثنى من ذلك صور ــ شهادة لا تقبل بالإشارة فى الأصح، يمينه لا ينعقد بها إلا فى اللعان... وإذا خاطب بالإشارة فى الصلاة لا تبطل على الصحيح .. ومن حلف لا يكلمه فأشار إليه لا يحنث .. لا يصح إسلام الأخرس بالإشارة فى قول حتى يصلى بعدها، والصحيح صحته.."(3).

وذكر السبكى: " أن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة، وما يختص بصيغة فيغمض إعراب الإشارة عنه... وأعلم أنه رب مكان طلب الشارع فيه الإشارة دون غيرها .. وذلك مثل رد المصلى على المسلم بالإشارة، وإشارة من زحم على الحجر الأسود بالتقبيل ونحو ذلك.. " (4).

ويستفاد من هذه النصوص أن إشارة الأخرس لا يعتد بها فى بعض المواضع. وإذا كان الأصل أن إشارة الأخرس تقوم مقام عبارته إلا فإنها فى هذه الصور لا تغنى عن العبارة.

كما أن هناك مواضع لا تغنى فيها العبارة عن الإشارة لو أن الأصل فيها

---

(1) انظر د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٨٦.

(2) ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٣٤٣ ، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٧١.

(3) السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٣٣٨.

(4) السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ١ ص٨٣ ، ٨٤.

الإشارة. مثل رد المصلى على من يسلم عليه بالإشارة، والإشارة إلى الحجر الأسود فى الزحام بدلا من لمسه وتقبيله.

ومن أهم الصور التى لا تغنى فيها الإشارة. الحدود[1]، والشهادات. وقد استثنى الشيعة الزيدية أيضا ـ برغم أن مذهبهم الاعتداد بها مطلقا ـ الإشارة فى الشهادة وما يماثلها. جاء فى البحر الزخار: " وتصح عقود الأخرس بالإشارة إلا فيما يفتقر إلى لفظ مخصوص كالشهادة".[2]

موقف القانون الوضعى من هذه الوسائل:

عرضنا فيما سبق لوسائل التعبير عن الإرادة، وهى اللفظ[3] وما يقوم مقامه من كتابة، أو رسالة، أو إشارة، أو أى فعل يدل على دلالة أكيدة على الرضا، وقلنا إنها تعد من قبيل التعبير الصريح أى التى تعبر عن الإرادة بشكل صريح ومباشر؛ لأنها تعبر بذاتها ومن غير حاجة إلى ظروف أو قرائن تفسر دلالتها.

وبالنظر إلى القانون الوضعى نجد أنه ـ فيما يتعلق بهذه الوسائل ـ لا يختلف عما قرره الفقه الإسلامى فقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة (٩٠) منه فقرة [١] على أن:- " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفا،

---

(١) إشارة الأخرس معتبرة إلا فى الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى فلا عبرة لها وذلك بناءا على قاعدة " وجوب درء الحدود بالشبهات" المستدل عليها بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة". رواه الترمذى فى سننه جـ٤ ص٣٣ باب ما جاء فى درء الحدود، ومروى عن أبى هريرة ـ رضى الله عنه ـ أنه قال: جاء رجل من بنى فزارة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال: "إن امرأتى ولدت غلام أسود. فقال النبى صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل؟ قال : نعم. قال " فما ألوانها" ؟ قال: حمر. قال : هل فيها من أورق؟ ـ أى سواد ليس بصاف ـ قال : إن فيها لورقا. قال " فإنى أتاها ذلك ؟ " قال: عسى أن يكون نزعة عرق ـ أى شبيه بأصل من نسب ـ قال: " وهذا عسى أن يكون نزعة عرق" . انظر: مسلم ـ صحيح مسلم ـ جـ٢ ص١١٣٧ كتاب اللعان، ابن حجر فتح البارى جـ١٣ ص٣٥٩. وعملا بهذه القاعدة فالأخرس لا يحد ولا يحد له فإن كان قاذفا فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وإن كان مقذوفا فلعله كان بإيمائه مصدقا للقاذف فلا يتيقن بطلبه الحد: .. وعند الشافعية تعتبر إشارته فى القذف بشرط أن تكون معهودة ـ راجع فيما سبق: ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر مرجع سابق ص١٢٧، على حيدر ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ مرجع سابق ص٦٣، د/ عبد العزيز عزام ـ قواعد الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ـ ص٢٨٧.

(٢) أحمد بن المرتضى ـ البحر الزخار ـ مرجع سابق جـ٤ ص٢٩١.

(٣) المقصود باللفظ الذى يعبر صراحة عن الإرادة هو اللفظ الصريح والذى سبق أن تعرفنا عليه ـ راجع ما سبق فى بداية المبحث.

كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود"[1].

فنجد أن القانون الوضعى أخذ بما أخذ به الفقه الإسلامى فى مجال التعبير الصريح عن الإرادة ، فاعتمد على اللفظ ، سواء أكان كلاما مباشرا أم بواسطة التليفون ، أم عن طريق إرسال رسول ناقل للإرادة ، كما يصح التعبير عن الإرادة باللفظ بأى لغة مادامت مفهومة للطرف الآخر . وذلك فى جميع العقود والتصرفات بلا استثناء.

ويقوم مقام اللفظ فى ذلك ــ الكتابة أيا كان شكلها باليد، بالآلة الكاتبة أو مطبوعة، وأيا كان نوعها رسمية أو عرفية ، موقعة أو غير موقعة، سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم غائبين أو كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا.

كما يتم ذلك أيضا بالإشارة المتداولة عرفا، كهز الرأس عموديا للتعبير عن الموافقة، أو أفقيا للتعبير عن الرفض. وقد تكون الإشارة باليد أيضا، فالإشارة الشائعة يصح بها التعبير عن الإرادة ولو من غير الأخرس، وهذا يوافق رأى المالكية ومن وافقهم فى الاعتداد بالإشارة مطلقا[2]. كما قد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى مرجع سابق جـ٢ ص١٠٣ ويقابل هذه المادة من القانون المدنى الليبى م (٩٠) ومن القانون السورى م (٩٣) انظر د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ــ ص١٥٢ ، ويقترب من ذلك أيضا م(١٣٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى التى تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة.. أو بالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير أخرس... راجع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مرجع سابق ص١٠٣، د/ مصطفى الجمال القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٦٦ ، د/ عمر السيد أحمد عبد الله ــ إبرام العقود فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م ص٢٦.

(٢) راجع ما قلناه سابقا من الإشارة عن غير الأخرس.

(٣) انظر فى ذلك على سبيل المثال: د/ محمد على عرفة ــ مبادئ العلوم القانونية ــ مكتبة النهضة المصرية الطبعة الثانية سنة ١٩٥١م ص٣٤٤، د/ عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام ــ جـ٢ مصادر الالتزام ــ مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤ ص١٧١ ومابعدها، د/ عبد الرزاق السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٩ وما بعدها ولسيادته أيضا: نظرية العقد ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٢ وما بعدها، د/ إسماعيل غانم ــ فى النظرية العامة للالتزام ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٨٠ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط فى نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربى وما يقابلها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى العراقى. شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد سنة ١٩٦٧م جـ١ ص١٢١، د/ أنور سلطان ــ الموجز فى مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٦٠ ==

فهذه وسائل التعبير الصريح عن الإرادة فى القانون، وكما رأينا فإنها لا تخرج عما قرره الفقه الإسلامى مع خلاف بسيط فى المذاهب ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القانون المعاصر فى هذا المجال هو المذهب المالكى[1] الذى توسع فى الاعتداد بالإشارة.

== وما بعدها ، د/ عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص٣٥ وما بعدها.، د/ عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ١ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص١٧٣ وما بعدها ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى سنة١٩٨٤ ص٩٦، د/ سليمان مرقس الوافى فى شرح القانون المدنى والالتزامات ــ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧ المجلد الأول ــ نظرية العقد ــ والإرادة المنفردة ص١٣٥ وما بعدها ، د/ سمير عبد السيد تناغو ــ مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠ ص٣٣ وما بعدها ، د/ نبيل إبراهيم سعد ــ النظرية العامة للالتزام جـ١ مصادر الالتزام مرجع سابق ص٩٤ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحيم الديب ــ الوجيز فى مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٢٩ وما بعدها.

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ــ هامش ص٩٦.

المطلب الرابع

أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبير بغير اللفظ

إن التعبير عن الإرادة بغير اللفظ، سواء أكان بالكتابة أم الإشارة عن الإرادة يشتبه بحالة السكوت المعبر عن الإرادة. من جهة كونها لا تشتمل على لفظ أو نطق وكلام.

فقد ذكرنا في تعريفنا للسكوت أنه موقف سلبي غير مصحوب بقول ولا فعل... الخ. فالسكوت يفترض فيه أنه غير مصحوب بقول من الساكت ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة، أو لتخاذ أي موقف يمكن أن يدل على الإرادة. كل ما هنالك ، أن هذا الموقف السلبي تصاحبه ظروف وملابسات يمكن معها تفسير السكوت على أنه قبول أو رفض أو تعبير عن الإرادة تعبيرا معينا.

كما قد تتحدد دلالة السكوت من خلال نص ، أو عرف أو اتفاق على نحو ما سنبينه فيما بعد.

فوجه الشبه بين السكوت وتلك الوسائل ــ غير اللفظية ــ يكمن في عدم النطق في كل.

ولكن مع ذلك يبقى الخلاف بينهما كثيرا وواضحا، ويتجلى هذا الفارق في أنه إذا كان السكوت موقفا سلبيا مجردا غير مقترن بأي موقف إيجابي يتخذه الشخص من قول أو فعل، حتى في حالة دلالته على الإرادة، فإن هذه الدلالة تتم بناء على ظرف خارج عن الساكت نفسه، سواء أكان ذلك قرينة، أم نصا ، أم عرفا، أم اتفاقا. فدلالة السكوت تتم بطريق الاستنتاج العقلي من خلال ملابسات وظروف معينة. فإن الأمر مختلف تماما في حالة التعبير عن الإرادة بفعل كالكتابة أو الإشارة، أو أي موقف آخر، إذ في هذه الحالة مع أن الساكت لم يلفظ بقول. فإنه أتى بما يقوم مقامه. بشئ من هذه الأفعال.

وهذا يعني أن هنالك موقفا إيجابيا يتخذه الشخص، معبرا به عن إرادته تجاه الأمر محل السكوت.

فبرغم سكوته عن القول فإنه بادر باتخاذ ما يقوم مقام هذا اللفظ. ففي كلتا الحالتين يوجد سكوت، إلا أن هذا السكوت ــ في حالة التعبير به ــ سكوت مجرد عن أي فعل ينوب عن الكلام ، وإلا لما دار البحث عن دلالة لهذا السكوت من خلال ظرف أو قرينة

أو غير ذلك.

أما السكوت فى حالة التعبير بفعل من الأفعال التى تنوب عن الكلام فإنــه ليــس سكوتا مجردا. وإنما صحبته كتابة أو إشارة أو موقف آخر وهذه الأفعال كل منها بذاتــه يدل على الإرادة من غير حاجة إلى عوامل أخرى.

فالتعبير عن الإرادة بالكتابة أو الإشارة لا يعد كذلك إلا مع تحقق الســكوت. وإلا ــ أى لو وجد اللفظ ــ لكان هذا اللفظ هو وسيلة التعبير لا السكوت. وفى هذه الحالــة تكون الكتابة مجرد دليل للإثبات فقط، وتكون الإشارة غير ذات أثر طالما وجد اللفــظ إلا أن الكتابة والإشارة كل منهما يدل على الإرادة بنفسه.

وعلى ذلك فليس هناك فى الواقع لبس بين التعبير عــن الإرادة بفعــل صريــح، كالكتابة أو الرسالة أو الإشارة، وبين السكوت المعبر عن الإرادة ؛ لأن السكوت مع هذه الأفعال ليس سكوتا مجردا. إنما هو سكوت صاحبه ما يدل عن الإرادة ويقوم مقام اللفظ فى ذلك[1].

إضافة إلى ما سبق فإن التعبير بالوسائل غير اللفظية من كتابة أو إشــارة أو أى فعل آخر يصلح للتعبير عن الإرادة فى شقيها ــ الإيجاب والقبول ــ بعكــس التعبــير بالسكوت فإنه لا خلاف فى أنه لا يصلح للتعبير عن الإيجاب، وإنما يمكن أن يكون لــه دلالة التعبير عن القبول فقط.

---

(١) فى هذا المعنى راجع د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٧٠٥.

المبحث الثانـــى

التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت

تمهيد وتقسيم :

من صور التعبير عن الإرادة أيضاً المعاطاة أو التعاطى أى المبادلة الفعلية مـــن غير تلفظ باللسان ولا كتابة أو رسالة أو إشارة وبيان هذه الصورة يقتضى التعرف على حقيقتها، وموقف الفقهاء من الاعتداد بها بوصفها وسيلة للتعبير عـــن الإرادة، والفـــرق بينها وبين التعبير بالسكوت، ثم بيان التكييف الشرعى للتعبير بالمعاطاة ، أى طبيعتـــها وبيان موقعها بين غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة.

وعلى ضوء ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: المقصود بالمعاطاة وموقف الفقهاء من الاعتداد بها.

المطلب الثانى: الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت.

المطلب الثالث: التكييف الفقهى للتعبير بالمعاطاة.

المطلب الأول

المقصود بالمعاطاة وموقف الفقهاء من الاعتداد بها

أولا: تعريف المعاطاة:

- المعاطاة فى اللغة بمعنى المناولة أى الأخذ والإعطاء[1].

أما فى اصطلاح الفقهاء ، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة كلها بنفس المعنى تقريبا.

فقد عرفها المالكية بأنها : " أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمون " المثمن " من غير إيجاب ولا استيجاب "[2].

وعرفها الحنفية بأنها: " المبادلة بالفعل، أى وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ "[3].

وعرفها الشافعية بأنها : " أن يتراضيا ــ يتفقا ــ على ثمن ومثمن وإن لم يوجد لفظ من أحدهما ــ أى ولو مع السكوت منهما "[4].

وعرفها الشيعة الزيدية بأنها : " هى المعاوضة لا بإيجاب وقبول "[5].

---

(١) انظر الحطاب ــ مواهب الجليل مرجع سابق ــ جــ ٤ ص٢٢٨، الرازى ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ــ ص٤٤١ مادة " أعطى ". ، الذيلعى ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ــ المطبعة الكبرى الأميرية ــ الطبعة الأولى سنة ١٣١٣ هــ جــ٤ ص٤، ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق ــ جــ٤ ص٥١٣.

(٢) انظر الحطاب ــ مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل ــ مرجع سابق ــ جــ٤ ص٢٢٨، الخرشى شرح الخرشى ــ مرجع سابق ــ جــ٣ ص٣٦١، العدوى حاشية على كفاية الطالب الربانى ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص١١١، الدسوقى حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جــ٣ ص٣ ، الصاوى ــ بلغة السالك مرجع ــ سابق جــ ٢ ص٣.

(٣) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جــ٥ ص٢٠٠، ابن عابدين ــ رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جــ٤ ص١٦، قاضيخان فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ــ المكتبة الإسلامية ــ تركيا ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣م جــ ٢ ص١٢٧.

(٤) انظر : الرملى ــ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ــ مرجع سابق جــ٣ ص٣٧٥، ابن حجر الهيثمى فتح الجواد بشرح الإرشاد ــ مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٤٧هــ جــ٢ ص٢٨٢، ابن حجر الهيثمى ــ حواشى الشروانى والعبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ــ دار إحياء التراث العربى ــ بدون تاريخ جــ ٤ ص٢١٦.

(٥) أحمد بن يحيى المرتضى ــ كتاب البحر الزخار ــ مرجع سابق ــ جــ٤ ص٢٩٧.

وعرفها الشيعة الإمامية بأنها: " إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضا عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص"[1].

وبعد ، فهذه بعض تعريفات الفقهاء " للمعاطاة " ، وهذه التعريفات رغم كثرتها واختلافها من حيث ألفاظها فإنها متفقة في معناها، حيث تفيد في مجموعها أن المعاطاة صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة ، لا يستعمل المتعاقدان فيها لفظا، ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة. وإنما يتم التعبير عن الإرادة من خلال التبادل الفعلي لمحل التعاقد من غير لفظ أي دون تلفظ بإيجاب وقبول[2]، كوضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ؛ ولذلك عبر عنها الحنابلة بأنها: " الصيغة الفعلية، وهي تقابل الصيغة القولية"[3].

كما يلاحظ على التعريفات السابقة أنها تركز على الثمن والمثمن، وهو ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المعاطاة مقصورة على عقد البيع فقط. وليس ذلك بصحيح ، فالمعاطاة – على القول بإجازتها – تصلح للتعبير عن الإرادة في البيع وفي غيره من عقود المعاملات المالية كالإجارة، والرهن وغير ذلك من ضروب المعاملات المالية وما في معناها كالصرف والإقالة والصلح على مال والقسمة، كما يجرى في غير المعاوضات،

---

(١) انظر العاملي الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية – مرجع سابق جـ٣ ص٢٢٢.

(٢) المقصود بالإيجاب عند جمهور الفقهاء – هو ما يصدر ممن يكون منه التمليك وأن تأخر. أما عند الحنفية فهو ما صدر – أولا سواء صدر من البائع أو من المشترى والقبول عند الجمهور هو ما صدر ممن له الملك سواء تقدم أو تأخر وعند الحنفية فهو ما صدر ثانيا سواء ممن يكون منه التمليك أو ممن يصير له الملك. ورأى الحنفية في تعريف الإيجاب والقبول هو السائد والمعمول به في فقه القانون الوضعي. راجع في ذلك: ابن عابدين حاشية رد المحتار مرجع سابق جـ٤ ص٥٠٦، ابن الهمام – فتح القدير – مرجع سابق جـ٥ ص٧٤، الدسوقي – حاشية الدسوقي مرجع سابق جـ٣ ص٣، العدوى حاشية على كفاية الطالب الرباني – مرجع سابق جـ٢ ص١١١، ابن حجر الهيثمي – فتح الجواد مرجع سابق جـ٢ ص٣٧٣، الرملي – نهاية المحتاج – مرجع سابق جـ٣ ص٣٧٥، البهوتي الروض المربع – مرجع سابق – جـ ٢ ص١٨٤، د/ عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – مرجع سابق – ص٢١٠، د/ عبد الحميد البعلي – ضوابط العقود مرجع سابق – ص ٨٧ وما بعدها، د/ عبد الحليم القوني – حسن النية وأثره في التصرفات – مرجع سابق ص٣٣٤ ، نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق جـ١ مصادر الالتزام ص١١٠ ، ص١١٨ د/ جابر عبد الهادى سالم – مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مرجع سابق ص٢٢٨ ص٤٢٦.

(٣) انظر البهوتي – الروض المربع – مرجع سابق جـ ٢ ص١٨٤.

كالإعارة، والهبة فضلا عن الهدية والصدقة[1] ، كل ما هنالك أنها لا يعتد بها في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج وسنبين ذلك في موضعه.

بناء على ما تقدم عرفها بعض الباحثين المعاصرين بأنها: " المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول "[2] . أي أن يتبادل المتبايعان السلعة دون كلام"[3] كما عرفها بعضهم بأنها : " عرض المعقود عليه ودفعه لآخر فيأخذه من غير لفظ ولا كتابة ولا إشارة ، أو كان اللفظ من أحدهما والأخذ أو الإعطاء من الآخر" [4] . فهذان التعريفان ــ وأمثالهما ــ يبينان أن المعاطاة ليست مقصورة على عقد البيع فحسب، وإنما تجرى في غيره من العقود كما ذكرنا سابقا. والمعاطاة تشمل التعاطي أو الأخذ من جانب واحد، ومن الجانبين[5].

وصور المعاطاة كثيرة جدا منها على سبيل المثال أن تشير إلى السيارة فيقف السائق، ثم تركب السيارة وتدفع ما يسجله العداد دون إيجاب أو قبول لفظي. ومنها كذلك الدخول في المحل الكبير وأخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن والتوجه بها إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون التفوه بلفظ واحد.

ومنها أيضا وضع النقود في الآلات الموضوعة في الشوارع للحصول على بعض

---

(١) ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ مرجع سابق جـ٦ ص٣٦٦، المواق ــ التاج والإكليل لمختصر خليل ــ هامش مواهب الجليل للحطاب ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٨، النووي المجموع ــ مرجع سابق جـ٩ ص١٥٢، الشيخ علي الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص١٩٤ ، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٥٨، د/ محمد سلام مدكور ــ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٧١، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٧٠، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٤، د/ رمضان علي السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٦٥، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٤٣.

(٢) د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٣٣ د/ محمد سراج ــ نظرية العقد في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٤٢، وقريب من ذلك تعريف أستاذنا الدكتور / رمضان الشرنباصي للمعاطاة : بأنها " المبادلة الفعلية للعوضين " انظر لسيادته المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٦٤.

(٣) انظر : د/ محمد أديب صالح في تعليقه على تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ــ مرجع سابق هامش ص١٤٣.

(٤) انظر : د/ علي محي الدين القرداغي ــ مبدأ الرضا في العقود ــ مرجع سابق ص١٠٩٣.

(٥) د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص٢٣٢ ، ص٢٣٣.

السلع اليسيرة كالبسكويت والحلوى والمشروبات الغازية، فهذا تبادل فعلي من غير لفظ. ومنها بل اشهرها أن يعطي المشتري للخباز مقدارا من النقود فيعطيه الخباز بها مقدارا من الخبز دون تلفظ بإيجاب وقبول ، وغير هذه الصور كثير [١].

ثانيا : موقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة :

اختلفت آراء الفقهاء فى الاعتداد بالمعاطاة بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة فيما عدا عقد الزواج. فقد أجمع الفقهاء على أن عقد الزواج لا يجوز أن يتم بطريق المعاطاة.

وقد نقل هذا الإجماع الإمام القرافي فى كتاب الفروق حيث جاء فيه : " .. فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة – فى الزواج – كما قالوه فى البيع " وسبب الاتفاق على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي هو خصوصية هذا العقد وخطورته فى نظر الإسلام واختلافه عن البيع فى أمور كثيرة بينها القرافي ونذكرها لأهميتها[٢].

---

(١) أنظر د/ وحيد الدين سوار – التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق – ص٢٣٣، د/ محمد سلام مدكور – الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي – مرجع سابق – ص ١٧١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي – المدخل لدراسة الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٣٦٤، د/ محمد سراج – نظرية العقد فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٤٢.

ونشير إلى أن بعض الباحثين المعاصرين يستخدمون للتعبير عن المعاطاة اصطلاح "التعاقد بالأفعال ". وهذا – فى نظري – اصطلاح غير دقيق ، لأننا علمنا أن من جملة الأفعال التعاقد بالكتابة أو الرسالة أو الإشارة، ومن ثم يكون اصطلاح " الأفعال " أو " التعاقد الفعلي " غير مناسب للتعبير عن المعاطاة ، لأنه ليس خاصا بها، وإنما يصح لو قصد به جميع الأفعال بحيث تقابل التعاقد باللفظ.

كما عبر عنه بعض الباحثين باصطلاح " البذل " بحجة أن لفظ المعاطاة يدل على الأخذ والعطاء من الطرفين . فى حين أن ذلك ليس بلازم للمعاطاة كما أن دلالة البذل مطلقة، سواء أكان من طرف واحد، أم من طرفين، أى إن اصطلاح " المعاطاة " فى زعمه لا يشمل كل ما يحتويه موضوع التبادل الفعلي.

ونحن نفضل استخدام لفظ " المعاطاة أو التعاطي "، ذلك لأنه المصطلح الذى عرف به فى كتب الفقه الإسلامي القديمة والمعاصرة ، ولأنه صار معلوما، معبرا عن معناه ، وذلك لكثرة استعماله فى هذا المعني. فنحن نفضل استعماله لاستقراره ولصوقه بتلك الصورة من صور التعبير عن الإرادة، وتمشيا مع الفقه الغالب الذى درج على استخدامه ، ولأنه إذا أطلق لفظ " المعاطاة " أو التعاطي فإنه ينصرف إلى معناه الحقيقي وهو كونه وسيلة للتعبير عن الإرادة، من خلال التبادل الفعلي الدال على الرضا من غير لفظ.

راجع فى ذلك تفصيلا د/ على محي الدين القرداغي – مبدأ الرضا فى العقود – مرجع سابق ص ١٠٩٣.

(٢) ويستطرد الإمام القرافي فى ذلك مبينا أن الفرق بين النكاح والبيع وغيره مبني على خمس قواعد : **القاعدة الأولى** : أن الشهادة شرط فى النكاح إما مقارنة للعقد كما قال الشافعي ، أو قبل الدخول كما ==

أما فيما عدا عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في انعقاده بالمعاطاة، ويمكن أن نجمل خلافهم[1] في هذا الشأن في ثلاثة آراء نعرضها مع أدلتها بصورة موجزة فيما يلي :

الرأي الأول : وهو رأي المانعين من دلالة المعاطاة وعدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة مطلقا، فلا تصح في قليل ولا كثير.

وهذا هو المشهور في المذهب الشافعي وهو رأي الظاهرية والإباضية ، والشيعة الزيدية في وجه، والشيعة الإمامية [2].

== قال مالك ، وعلى التقديرين فلابد من لفظ يشهد عليه انه تزويج لا زنا وسفاح، والبيع لما لم يكن الإشهاد فيه شرطا جوزوا فيه المناولة – أي المعاطاة.

القاعدة الثانية : أن قاعدة الشرع أن الشئ إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه ، وبالغ أبعاده إلا لسبب قوي تعظيما لشأنه ، ورفعا لقدره.. فالنكاح عظيم الخطر جليل المقدار لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب وسبب المودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح، فلذلك شدد الشرع فيه فاشترط الصداق والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع.

القاعدة الثالثة : كل حكم شرعي لابد له من سبب شرعي،وإباحة المرأة حكم فله سبب يجب تلقيه من السمع فما لم يسمع من الشرع لا يكون سببا وعلى هذه القاعدة اعتمد الإمام الشافعي في قصر أو ضرورة انعقاد الزواج بلفظ الزواج والنكاح لأنهما اللذين ورد بهما في الشرع. وهذا بخلاف البيع إذ لم يرد فيه من الشرع سبب مخصوص.

القاعدة الرابعة : الشرع قد ينصب خصوص الشئ سببا كالزوال ورؤية الهلال لوجوب الظهر ووجوب الصيام.. والنكاح عندنا من هذه القاعدة.

القاعدة الخامسة: يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرية، لأن التحريم يعتمد الفساد فيتعين الاحتياط له فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا لسبب قوى يدل على زوال تلك المفسدة ، أو يعارضها ولم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح لأنه خروج من الحرمة إلى الحل وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك بخلاف النساء ، فالأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح .. ولعموم الحاجة إلى البيع. راجع الإمام القرافي – الفروق – عالم الكتب بيروت – بدون تاريخ – جـ٣ ص ١٤٣ - ١٤٤ - ١٤٥.

(١) محل الخلاف في هذا الشأن إذا لم توجد قرينة تدل على عدم الرضا، فإن وجدت لم ينعقد البيع باتفاق الفقهاء، انظر: د/ على مرعي – بحوث في البيع – مرجع سابق جـ١ ص ١٢.

(٢) النووي – المجموع – مرجع سابق – جـ٩ ص١٤٩، ابن حجر الهيثمي – فتح الجواد بشرح الإرشاد – مرجع سابق جـ٢ ص ٢٨٢، الرملي – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – مرجع سابق جـ٣ ص٣٧٥، ابن حجر الهيثمي – حواشي الشرواني والعبادي – مرجع سابق جـ٤ ص٢١٦، ابن خطيب الدهشة – مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي – مرجع سابق جـ٢ ص ٢٥٢، الزنجاني تخريج الفروع على الأصول – مرجع سابق ص ١٤٣، محمد بن يوسف أطفيش – شرح كتاب النيل وشفاء العليل – مرجع سابق – جـ٨ ص ٢٠٥ ، أحمد بن يحي المرتضي – البحر الزخار – مرجع سابق جـ٤ ص ٢٩٧، ابن حزم – المحلي – مرجع سابق – جـ٨ ص ٣٥٠، العاملي – الروضة==

جاء في المجموع للنووي " .. المشهور من مذهبنا انه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير وبهذا قطع المصنف والجمهور " (١).

وجاء في كتاب البحر الزخار لابن المرتضى الزيـــدي : " .. المعاطـــاة وهـــي المعاوضة لا بإيجاب وقبول وليست بيعا عندنا لعدم اللفظين " (٢).

وجاء في الروضة البهية : " .. وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول فـــلا يكفي المعاطاة، سواء في ذلك الجليل والحقير " (٣).

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم في رفض الاعتداد بالمعاطاة مطلقا بالمعقول وهـــو أن الرضا الذي هو الأصل الذي تبني عليه العقود أمر خفي ، وضمير قلبي، لذلك اقتضـــت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي ، وضابط جلي يستدل به عليه ، وهو الإيجاب والقبـــول ــ أي اللفظ ــ الدالان على رضا العاقدين. وقد اعتبر الشرع رضا خاصا وهو الرضاء الذي يتضمنه الإيجاب والقبول(٤).

كما أن لسم البيع لا يقع على " المعاطاة "، ذلك لأن البيع في عرف الشرع كـــلام إيجاب وقبول، فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعا؛ لأن الفعل لا يدل بوضعه على البيع(٥).

==البهية في شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جــ٣ ص ٢٢٢، الحلي ــ شرائع الإسلام في مســـائل الحلال والحرام ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص ١٣ ، الطوسي ــ مسائل هامة مـــن كتـــاب الخـــلاف ــ منشورات جامعة طهران سنة ١٣٤٤هـــ ص ٢٨ ونقل هذا الرأى عن الشافعية أيضا، ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جــ٢ ص ٢١٦، الكاساني ــ بدائع الصنـــائع جــــ٥ ص٢٠٠ الدسوقي ــ في حاشيته ــ جــ٣ ص ٣.

(١) انظر : النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جــ٩ ص ١٤٩.

(٢) احمد بن يحي المرتضى ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جــ٤ ص ٢٩٧.

(٣) انظر : العاملي ــ الروضة البهية ــ شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جــ٣ ص٢٢٢، ومثله الحلي شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص ١٣.

(٤) انظر : الزنجاني : تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع ســابق ص ١٤٣-١٤٤، الرملـــي ــ نهايـــة المحتاج إلى شرح المنهاج ــ مرجع سابق جــ٣ ص ٣٧٥، العاملي ــ الروضة البهية في شرح اللمعـــة الدمشقية ــ مرجع سابق جــ ٣ ص ٢٢٢.

(٥) انظر : النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق جــ ٩ ص ١٤٨، ابن حجر الهيثمي ــ حواشي الشـــرواني والعبادي ــ مرجع سابق جــ٤ ص ٢١٦، وأنظر أيضا الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ جــــ٥ ص ٢٠٠ والحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جــ٤ ص ٢٢٨ ، الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجـــع سابق جــ٣ ص ٨٩، الطوسي ــ مسائل هامة من كتاب الخلاف ــ مرجع سابق ص ٢٨ .

الـرأى الثاني : يرى أنصاره أن المعاطاة يصح التعبير بها عن الإرادة فى الأشياء اليسيرة ـ القليلة أو الخسيسة ، ولا يصح فى الأشياء الكثيرة ـ النفيسة .

وهو رأى الكرخي من الحنفية ، وابن سريج والغزالي من الشافعية ، ورأى عند الحنابلة ووجه عند الشيعة الزيدية(1).

جاء فى تَبيين الحقائق للزيلعي : ".. وزعم الكرخي انه ينعقد فى شئ خسيس "(2).

وفى المجموع للنووى : " .. وفيه وجه مشهور عن ابن سريج انه يصح البيع بالمعاطاة فى المحقرات " (3).

وفى الشرح الكبير على متن المقنع " .. وقال بعض الحنفية يصح فى خسائس الأشياء وهو قول القاضي " ، " .. وحكي عن القاضي مثل هذا قال : يصح فى الأشياء اليسيرة دون الكبيرة " (4).

والمراد بالنفيس ما كثر ثمنه، ويعبر عنه بالكثير، وذلك مثل العقارات والثياب النفيسة وأما الخسيس أو الحقير أو اليسير ، فهو ما قل ثمنه، مثل الخبز ، والبيض والبقل وسائر الأطعمة، وشراء الصحف والمجلات وما شابه ذلك(5).

---

(1) انظر : ابن عابدين من حاشية رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص ١١، الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤ ، أحمد الشلبي حاشيته مع تبيين الحقائق ــ المرجع السابق ــ جـ٤ ص ٤، البابرتي ــ شرح العناية على الهداية ــ مرجع سابق جـ٥ ص ٧٧، ابن مودود الموصلي الاختيار لتعليل المختار ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤، داماد أفندي ــ مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤، النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص١٤٩، الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٨٩، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢١٠، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص٢٠٠، السياغي الحيمي ــ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ــ دار الجيل ــ بيروت ــ بدون تاريخ جـ٣ ص٢٠٤.

(2) الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤، ومثله ابن مودود الموصلي ــ الاختيار لتعليل المختار ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤.

(3) النووى : المجموع ــ مرجع سابق جـ٩ ص ١٤٩ ، ابن خطيب الدهشة مختصر فى كلام العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٢٥٣.

(4) ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢١٠، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢١٠.

(5) انظر ابن عابدين ــ حاشيته ــ رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص١١، الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٨٩، أحمد الشلبي ــ حاشيته مع تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٤.

وأما معيار التفرقة بين النفيس والخسيس عند أنصار هذا الرأى فهو نصاب السرقة، فقيل إن النفيس نصاب السرقة فصاعدا، والخسيس ما دون هذا النصاب وقيل هو نحو الخضر والفواكه والخبز، والأقرب فى ذلك اتباع العرف والعادة[١].

وقد استدل هؤلاء على مذهبهم فى الاعتداد بالمعاطاة فى الأشياء اليسيرة دون الكثيرة بالمعقول أيضا، فقالوا إن الأشياء اليسيرة يتسامح فيها عادة فيغتفر فيها ما لا يغتفر فى غيرها، كما أن الحاجة داعية إليه ، والعموم ذلك بين الخلق ، ولما يغلب على الظن بأن ذلك كان معتادا فى الأعصار الأولى. ولذلك قالوا ينعقد بالمعاطاة فيما جرت به العادة فى الأشياء الخسيسة ، ولا ينعقد فيما لم تجر به العادة[٢].

جاء فى المجموع للنووى : " ووجه طريقة ابن سريج [٣] أن البيع كان معهودا قبل ورود الشرع، فورد ولم يغير حقيقته ، بل علق به أحكاما فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما كان عدوه بيعا جعلناه بيعا " [٤].

الرأى الثالث: جواز التعاقد بالمعاطاة مطلقا من غير تفرقة بين نفيس أو خسيس .

وهو رأى جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية ــ عدا الكرخي ــ والحنابلة ــ عدا قول والشيعة الزيدية فى وجه ، واختاره جماعة من أصحاب الشافعي[٥].

---

(١) انظر : ابن عابدين ــ حاشيته رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص١١، أحمد الشلبي ــ حاشيته مع تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ ٤ ص٤، السياغي الحيمي ــ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ــ دار الجيل ــ بيروت ــ بدون تاريخ ــ جـ٣ ص ٢٠٥، الكركي ــ جامع المقاصد فى شرح القواعد ــ تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ جـ ٤ ص ٥٩.

(٢) انظر : الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٨٩، ابن مودود الموصلي ــ الاختيار لتعليل المختار ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤، الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢١٠، السياغي الحيمي ــ الروض النضير شرح الفقه الكبير ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٢٠٦.

(٣) أى فى التفرقة فى هذا الصدد بين الأشياء الخسيسة أو الحقيرة والنفيسة ونشير إلى انه قد ذكر بعض العلماء أن ابن سريج أجاز المعاطاة مطلقا دون أن يقيدها بالمحقرات. انظر النووي : المجموع ــ مرجع سابق جـ ٩ ص ١٤٩.

(٤) راجع النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص ١٥٠.

(٥) الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٠٠، ابن عابدين ــ حاشيته رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص ٣، الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤، ابن مودود الموصلي ــ الاختيار لتعليل المختار ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤، قاضيخان الفتاوي الخانية بهامش الفتاوي الهندية ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٢٧، ابن الهمام ــ شرح فتح القدير ــ مرجع ==

جاء في بدائع الصنائع : " وأما المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى هذا البيع بيع المراوضة، وهذا عندنا .ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هــذا التفصيل وهي الصحيحة"[1].

وفي تبيين الحقائق : " التعاطي .. ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا" [2].

وفي مواهب الجليل : " .. واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة، ومذهب مالك انعقاده بها مطلقا " [3].

وفي كشاف القناع : " .. الدلالة الحالية وهي المعاطاة تصح، وينعقد البيع بها في القليل والكثير نص عليه وجزم به أكثر الأصحاب " [4].

وفي المجموع للنووي : " .. وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة وان ما عده الناس بيعا فهو بيع.. صاحب الشامل .. والبغوي .. الروياني .. وهذا هو المختار .." [5].

== سابق ــ جـ٥ ص٧٧، دلماد أفندي ــ مجمع الأنهر ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣-٤، الصاوي ــ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣، ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٢١٦، ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق جـ٢ ص ١١٨، الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص١٢٩، الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٨، الخرشي ــ شرح الخرشي على مختصر خليل ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٣٦١ العدوى ــ حاشية على كفاية الطالب الرباني ــ مرجع سابق جـ٢ ص١١١، ابن قدامة المغني ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٢١٠، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢١٠، البهوتي ــ كشاف القناع على متن الإقناع ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٤٦ وللبهوتي أيضا : الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٨٤، الحجاوي ــ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٦، ابن قدامة ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ص١٧ القنوجي البخاري ــ الروضة الندية ــ مرجع سابق جـ٢ ص٩٣، النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق جـ٩ ص١٤٩.

(١) انظر : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص٢٠٠، وذكر ابن عابدين أيضا في حاشيته : أن الإطلاق هو المعتمد ــ انظر ابن عابدين حاشيته رد المحتار ــ مرجع سابق جـ٤ ص١١.

(٢) الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ ص ٤.

(٣) الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٨.

(٤) البهوتي ــ كشاف القناع ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٤٦، ونقله عن الحجاوي في الإقناع ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٥٦. حيث جاء فيه " الدلالة الحالية وهي المعاطاة تصح في القليل والكثير" ابن مفلح ــ المبدع في شرح المقنع ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٦.

(٥)النووى ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص١٤٩،ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوى – مرجع سابق جـ١ ص ٢٥٣.

وقد استدل الجمهور على الاعتداد بالمعاطاة وسيلة للتعبير عن الإرادة بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فمنه قوله تعالى : " **إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** " (١).

وجه الدلالة : أن التجارة عبارة عن جعل الشئ للغير ببدل ، وهو تفسير التعاطي. وان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما بدليل الآية الكريمة(٢).

ومنه أيضا قوله سبحانه وتعالى : " **أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين** " (٣).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة ــ أطلق الله سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع ، وقال الله عزوجل : " **إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة** " (٤) . فقد سمى الله سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعا لقوله تعالى في آخر الآية : " **فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به**" . وإن لم يوجد لفظ البيع، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعا فكان التعاطي في كل ذلك فكان جائزا(٥).

ومنه أيضا قوله تعالى : " **وأحل الله البيع** " (٦).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها دلت على حل البيع بالمعاطاة لتحقق معنى المبادلة فيها، فالله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعا كان بيعا من غير حتم بأن يكون بلفظ

---

(١) سورة النساء ، آية [٢٩].

(٢) أنظر : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٠١، الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٨ ، الكركي ــ جامع المقاصد في شرح القواعد ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٥٧.

(٣) سورة البقرة ، آية [١٦].

(٤) سورة التوبة ، آية [١١١].

(٥) راجع في ذلك تفصيلا الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ ص ٢٠١.

(٦) سورة البقرة ، آية [٢٧٥] .

معـين[1].

ولما المعقول فإنه لم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا أصحابـه مـع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقـل نقلا شائعا، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقلـه، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه الرسول – صلى الله عليه وسلم – بيانا عاما ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثـيرا وأكلهم المال بالباطل. فالناس من لدن النبي – صلى الله عليه وسلم – وإلى يومنا هـذا مازالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل[2].

الدال على المقصود. كما استدلوا كذلك بأن جواز البيع ـ والتعاقد عامة ـ إنمـا هو باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ ، وقد وجد التراضي من الجـانبين ـ بالمعاطـاة فوجب أن يجوز[3].

كما أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ـ وفقا لما يراه المانعون ،ففيـها دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غـيرك بدفـع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضـا بقول أو فعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة[4].

(١) انظر النووي : المجموع ـ مرجع سابق جـ٩ ص١٥٠ ، الكركي ـ جامع المقاصد في شرح القواعـد ـ مرجع سابق جـ٤ ص٥٧، وانظر أيضا د/ على مرعي ـ بحوث في البيوع ـ مرجع سابق جـ١ ص١٢.

(٢) انظر : ابن قدامة ـ المغني ـ مرجع سابق جـ٤ ص٢١٠-٢١١، ابن مفلح ـ المبدع في شرح المقنـع ـ مرجع سابق جـ٤ ص ٦، ابن تيمية ـ القواعد النورانية ـ مرجع سابق ص١٠٤، الإمـام الغزالـي إحياء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٨٩.

(٣) انظر : الزيلعي ـ تبيين الحقائق ـ مرجع سابق جـ٤ ص٤ ، الكاساني ـ بدائع الصنـائع ـ مرجـع سابق جـ٥ ص٢٠٠، داماد أفندي ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ـ مرجع سابق جـ٢ ص٥ ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص٢١٠، جـ٦ ص٣٦٦، ابـن مفلـح المبدع في شرح المقنع ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص٦، القنوجي البخاري ـ الروضة الندية ـ مرجـع سابق جـ٢ص ٩٣.

(٤) انظر الحطاب ـ مواهب الجليل ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص١٢٢، والدلالة الوضعية هي التي تكـون الدلالة فيها ناشئة عن الوضع والاصطلاح سواء أكانت غير لفظية كدلالة وضع المصباح الأحمر علـى الخطر أو كانت وضعية لفظية أي أن الدال فيها لفظ أو صوت كدلالة الألفاظ على معانيها اللغوية التـي وضعت لها. أما الدلالة العرفية فهي الدلالة الناشئة عن العرف وهو ما استقر في النفوس من جهة العقـل وتلقته الطباع السليمة بالقبول ويكون بناءا على ذلك معنى كلام الحطاب : " أنه إذا كانت الأفعال من =

المناقشة والترجيح :

وبعد .. فقد عرضنا لموقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وعلمنا أن الفقهاء بصددها في غير عقد الزواج انقسموا إلى ثلاثة مذاهب الأول المنع مطلقا، والثاني الاعتداد بها في الأشياء اليسيرة ، والثالث الجواز مطلقا، ومن خلال عرضنا لأدلة هذه المذاهب تبين لنا أن الراجح هو مذهب الجمهور الذي يقضي بجواز المعاطاة مطلقا من غير تفرقة بين يسير وكثير، وذلك لقوة أدلتهم ولأنه يتفق مع مقتضيات العصر ومتطلبات الظروف وحاجة الناس.

ومما يدعو إلى ترجيح رأي الجمهور أيضا، أن القول بضرورة التعبير عن الإرادة دائما بالإيجاب والقبول، وعدم صلاحية المعاطاة لذلك، يؤدي إلى الإيقاع في الحرج والمشقة، إذ إن مقتضى المنع يحتم على المرء كلما ركب سيارة أو قطارا أن يعقد عقد إيجارة بإيجاب وقبول أو بكتابة، وكذلك كلما هم لشراء جريدة أو مجلة، أو طعام يتحتم عليه أن يعقد عقد بيع، وهذا غير مستساغ وتأباه قواعد الشريعة الإسلامية التي بنيت على التخفيف والتيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم(١).

بالإضافة إلى أننا لو نظرنا إلى الواقع العملي، وما يجري في مجال التعاملات المالية، لوجدنا أن المعاطاة – في الأغلب الأعم – يتم التعامل بها فيما يتعلق بالأشياء اليسيرة التي لاتحتاج إلى إجراء التعاقد بشأنها باللفظ أو الكتابة ، فهذه الأشياء بطبيعتها تقبل المعاطاة.

= جهة ما وضعت له لا تفيد الرضا إلا أن العرف يخلع عليها تلك الدلالة " . راجع في ذلك الدلالة والعرف على سبيل المثال : الجرجاني – التعريفات – مرجع سابق ص ١٣٩ – ١٤٠، د/ أحمد فهمي أبو سنة – العرف والعادة – من رأي الفقهاء – مرجع سابق ص ٨ ، صبحي محمصاني – فلسفة التشريع في الإسلام – مرجع سابق ص٢٣٦، د/ أحمد محمد الحصري – القواعد الكلية للفقه الإسلامي – مرجع سابق ص٢٤٦-٢٤٩، د/ عثمان محمد عثمان – مناهج الأصوليين في الدلالات وآثارها في الأحكام الفقهية – رسالة دكتوراه قدمت لكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة ص٤، د/ جلال الدين عبد الرحمن – مذكرة في أصول الفقه ما يتعلق بالكتاب من دلالات – النسر الذهبي للطباعة سنة ١٩٩٩ ، ص١١١ ، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان – دراسات في أصول الفقه جـ١ ص١٧٥.

(١) أنظر : د/ محمد مصطفى شلبي – نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص٢٦٠-٢٦١، د/رمضان على السيد الشرنباصي – المدخل لدراسة الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٣٦٦، د/ عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٢٥٤.

أما الأشياء النفيسة أو الكثيرة الشأن والقيمة، كالعقارات والسيارات وما شابه ذلك من المحال ذوات القيمة الكبيرة فعادة ما يتم التعاقد بشأنها بغير المعاطاة، سواء أكان ذلك بيعا أم إجارة أم غير ذلك .

وهذا يعني أن العادة حاكمة فى هذا الصدد، فإن جرت عادة الناس بالتعاقد بالمعاطاة في الجليل ــ الكثير ــ والحقير ــ اليسير ــ انعقد فيهما، وإن لم تجر العادة بذلك فيهما فلا ينعقد. وإن جرت فى الحقير دون الجليل انعقد به فى الأول دون الثاني. والحاصل أن العادة ما جرت قط بالمعاطاة فى الأشياء الجليلة كالعقارات ونحوها[1].

ولذلك نص الفقهاء على أن كل ما عده الناس بيعا فهو بيع ، ومحل إجزاء المعاطاة حيث أفادت في العرف يعني إذا جرى العرف بذلك [2].

ويفهم من ذلك انه فى الواقع لا خلاف بين مذهب الجمهور ، ومذهب القائلين بجوازها فى اليسير دون الكثير. لكن لا مانع من التعبير بها فى جميع العقود ــ عدا النكاح ــ طالما لم توجد قرينة على عدم الرضا والإ فلا . والقول بجواز المعاطاة مطلقا هو الرأى الراجح عند جمهور الفقهاء القدامى والمعاصرين، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة [١٧٥] والتى جاء فيها.. " حيث إن القصد الأصل من الإيجاب والقبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي " [3].

---

(١) الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٢٩، وهو قول ابن سريج من الشافعية ، انظر النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق جـ ٩ ص ١٥٠.

(٢) الصاوي ــ بلغة السالك لأقرب المسالك ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ٤ ــ ص٢١٠، النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص١٤٩.

(٣) انظر سليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق م(١٧٥) ص٧٩، محمد الحسيني آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول م(١٧٥) ص١٥٢ ، وجاء فى مرشد الحيران أيضا فى المادة (٣٤٧) : منه " يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضا ". انظر / محمد قدري باشا ــ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ــ مرجع سابق ــ ص ٩٠ مادة (٣٤٧).

وهو أيضا مسلك معظم قوانين الدول العربية التى صرحت بذلـــك مثـل قـــانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والتقنين المدني الكـــــويتي، والعراقـــي، والســـوداني والأردني ، وهو مسلك القانون المدني المصري أيضا وإن لم يصرح بلفظ التعـــاطي أو التبادل الفعلي [1].

---

(١) جاء فى المادة (١٣٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي : " التعبير عن الإرادة يكـــون بـــاللفظ أو الكتابة.. أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي.. وفى المادة [٣٤] من التقنين المدني الكويتي أيضـــا : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة علـــى التراضي". ومثل ذلك فى المادة [٧٩] من التقنين المدني العراقي والمادة [١/٣٥] مـــن التقنيـــن المدنـــي السوداني والمادة [٩٣] من التقنين المدني الأردني فقد صرحت هذه القوانين بجواز التعاقد والتعبير عـــن الإرادة بصفة عامة بالمبادلة الفعلية ــ المعاطاة ــ الدالة على التراضي . راجع فى ذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ــ مرجع سابق ص١٠٣، مادة [١٣٢]، ود/ عبـــد المنعـــم فـــرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجع ســـابق ص ١٧١-١٧٢ ، د/ عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجع ســابق ــ ص ٣٥، وما بعدها، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجـــع سابق ص٦٤.

المطلب الثاني

الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت

قبل أن نبين وجه الشبه والخلاف بين التعبير عن الإرادة بالمعاطاة والتعبير عنها بالسكوت. يجب أن نوضح أن هناك فارقا بين المعاطاة ــ بمعناها الذى أوضحناه سابقا ــ وصورة من صور التعبير عن الإرادة قريبة الشبه بها. وهى صورة القبول الفعلي بعد صدور الإيجاب لفظا، أو كتابة أو إشارة ــ ويتحقق ذلك بقول البائع بعتك هذا الشئ بألف فيقبضه المشتري من غير لفظ، فهذا القبض يعد قبولا من المشتري وليس ذلك من قبيل التعاطي لأن الأخير ليس فيه إيجاب ولا قبول، بل قبض بعد معرفة الثمن، ومثله أيضا أن يقول له كل هذا الطعام بكذا فأكله من غير لفظ، وهنا تم البيع وأكله حلال وكذلك الركوب واللبس بعد قول البائع: اركبها بمائة، والبسه بكذا رضا بالبيع. فهذه صور للبيع تختلف عن بيع التعاطي؛ لأنه ليس فيه إيجاب[١]. وقد علمنا أن التعاطي يتم بالتبادل الفعلي من غير لفظ بإيجاب وقبول.

فالعقد فى مثل هذه الصور ليس عقدا بطريق المعاطاة، وإنما هو عقد أحد شطريه تعبير ضمني بعد التلفظ بالإيجاب[٢].

وأما عن وجه الشبه والخلاف بين التعبير بالمعاطاة ، ودلالة السكوت فإنهما يشتبهان من جهة خلوهما عن اللفظ، فكلاهما تعبير عن الإرادة بطريق غير صريح. فقد علمنا أن السكوت موقف سلبي مجرد غير مصحوب بقول ولا فعل، كما أن التعاقد بالمعاطاة يتم من غير لفظ وإنما يتم بالتبادل الفعلي بين المتعاقدين.

ومن هنا أيضا يبرز وجه الخلاف بينهما المتمثل فى أن التعبير عن الإرادة بالمعاطاة لا يتضمن لفظا بإيجاب وقبول إلا انه يتم من خلال فعل ــ من المتعاقدين تكون له دلالة الرضا على التعاقد ، ومن هنا يتميز التعاقد بالمعاطاة، عن التعبير عن الإرادة بالسكوت. حيث إن السكوت ــ كما قلنا ــ موقف سلبي لا يصحبه قول ولا فعل. والمعاطاة وإن لم يصحبها قول فإنها تتم من خلال فعل، أى تتضمن دلالة فعلية تتمثل فى مبادلة فعلية لمحل التعاقد . دالة على الرضا.

---

(١) انظر فى ذلك ابن الهمام ــ شرح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٤٧.

(٢) راجع د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٣٧.

وهكذا فالسلبية فى المعاطاة مقصورة على عدم اللفظ فقط، أما فى السكوت فإنـــها سلبية مطلقة حيث لا يصحبها قول ولا فعل، وإنما تستشف الإرادة من خلال ظـــروف خارجية تصاحب هذا الموقف السلبي. فليس ثمة أخذ وإعطاء فى دلالة الســـكوت بـــل دلالة السكوت من خلال موقف معين[1].

وجه آخر للتفرقة بين التعبير بالمعاطاة، والتعبير بالسكوت ، وهو أن الســكوت ـــ بالاتفاق ـــ لا تكون له دلالةِ على الإيجاب. أما المعاطاة ، فهى وســـيلة للتعبـــير عـــن الإرادة فى شقيها الإيجاب والقبول على حد سواء.

---

(١) انظر : د/رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـــ مرجـــع ســـابق ص١٥٤.

المطلب الثالث

التكييف الفقهي للتعبير بالمعاطاة

من خلال دراستنا للمعاطاة بوصفها وسيلة للتعبير عن الإرادة بان لنا أنها وسيلة من وسائل التعبير بطريق الدلالة الفعلية عن الإرادة، غير أنها وسيلة ذات طابع خاص يميزها من غيرها من وسائل التعبير بطريق الدلالة. التي سنبينها بعد ذلك.

ويتجلى الطابع الخاص للمعاطاة فى أنها وسيلة خاصة ببعض أوجه التعبير عن الإرادة، بحيث لا تستوعبها كافة، فقد علمنا أنها لا تصلح مطلقا للتعبير عن الرضا فى عقد الزواج، وذلك باتفاق الفقهاء على نحو ما بينا سابقا . هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن مقتضى المعاطاة أن يتم البذل والإعطاء من المتعاقدين أو من أحدهما، ولئن كان الأمر كذلك فإنه يخرج من إطار المعاطاة ما عدا ذلك من وجوه التعبير الإرادة والتعاقد مما لا يتضمن الأخذ والإعطاء، كالإعلان عن وظيفة مثلا، أو الوعد بالبيع والشراء ، أو الوعد بالتعاقد عموما[1]، أو الوعد بجائزة، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامي بالجعالة[2]، وغير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة التى تأبى بطبيعتها أن يعبر عن الرضا بشأنها بدلالة المعاطاة.

---

(١) والوعد بالتعاقد فى القانون ــ بمعنى الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا. وهو قد يكون ملزما لجانب واحد حين يعد أحد الطرفين ويسمى الواعد ــ الآخر ــ الموعود له. بإبرام العقد دون أن يلتزم الموعود له. وقد يكون الوعد ملزما للجانبين فيكون كل من الطرفين واعدا وموعودا له. انظر فى ذلك : د/ سليمان مرقس ــ الوافي فى شرح القانون المدني جـ١ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦ ص ٢٠٨ وما بعدها، د/ عبد الناصر العطار ــ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ــ مرجع سابق ص ٨٢ وما بعدها، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ص ٣٠٠ ، وما بعدها د/ جلال العدوي ــ اصول الالتزامات ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ٢٢٤، د/ نبيل إبراهيم سعد ــ النظرية العامة للالتزام جـ١ ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ١٣٣.

(٢) والجعالة فى اللغة هى ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل معين يقوم به كالجعل وفى الاصطلاح:عرفها المالكية بأنها : " التزام أهل الإجارة أى المتأهل لعقدها ــ جعلا ــ أو عوضا ــ علم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام. انظر : الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٤ ص٦٠، الصاوي بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٩١، ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٠١، وعرفها الحنابلة بأنها : " أن يجعل جائز التصرف شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا فى مدة معلومة أو مجهولة " . انظر البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٦١، والجعل : إجارة على منفعة مظنون حصولها وتختلف عن الإجارة فى ثلاثة أوجه : ==

ونظرا لهذا الطابع الخاص للتعبير عن الإرادة بالمعاطاة، فلا يمكن من ناحية إلحاقها بوسائل التعبير الصريح كاللفظ وما يقوم مقامه من كتابه ورسالة أو إشارة، ذلك لأن تلك الوسائل الصريحة تدل على الإرادة بذاتها .

أما المعاطاة فليست كذلك في جميع حالاتها ـ لاحقا ـ إذ يشترط للاعتداد بها ـ بجانب الأخذ والإعطاء ـ أن تستند إلى رضاء لا يرقى إليه الشك(١)، يستخلص من ملابسات العقد (٢)، وليس ذلك فحسب ، بل لابد أن يكون رضاء معتد به شرعا .

وعلى ذلك ، فلا تصحح " المعاطاة " المعاملة الفاسدة . فلو اتفقا على قرض ربوي وتقابضاه لم يصح ، وكذا لو اتفقا على مضاربة فاسدة لقسمة الربح المستحق للمضارب أو لصاحب المال وتحديده بمبلغ معين كألف أو ألفين مثلا لم يصر هذا التعامل إلى الصحة بمجرد التقاضي أى بالمبادلة الفعلية التى هى المعاطاة. أى إنه إذا

== الأول:ان المنفعة لا تحصل لجاعل إلا بتمام العمل، الثاني ان العمل في الجعل قد يكون معلوما وغير معلوم،انه لايجوز شرط تقديم الأجرة فى الجعل-انظر ابن جزي-القوانين الفقهية-مرجع سابق ص١٨٢.

وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها " التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لابسته جهالة: ومثالها أن يقول شخص من نقل متاعي هذا إلى مكان كذا فله مبلغ كذا من المال أو يقول من رد علـى فرسي الضال فله كذا. ومنها التزام مكافأة لأوائل الناجحين. ومنها ما يفرضه الرئيس مثلا على نفسه من جائزة للفائز الأول من المتسابقين فيما يحل فيه السباق .

أنظر في ذلك على سبيل المثال على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ـ مرجع سابق ص٤٢٣، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٧٦، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ١٩٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٢٨٨، د/ لاشين محمد يونس الغاياتي ـ الإرادة المنفردة كمصدر الالتزام ـ مرجع سابق ـ ص ٨٧ وما بعدها. وتقابل الجعالة في الفقه الإسلامي ما يعرف " بالوعد بجائزة " فى القانون الوضعي والمنصوص عليه فى المادة [١٦٢/٢] من القانون المدني والتى يقصد بها " توجيه للجمهور تعبير عن الإرادة مضمونة منح جائزة لمن يقوم بعمل معين " . وهذا كثيرا ما نصادفه فى إعلانات فى الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام تتضمن رصدا لجائزة لمن يعثر على شئ أو حيوان ضائع أو لمن يدلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب . أنظر فى ذلك د/ لاشين الغاياتي ـ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ـ مرجع سابق ـ ص٨٩، د/ نبيل إبراهيم سعد ـ النظرية العامة للالتزام جـ١ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٣٥٩، د/ محمد على عمران، د/ حسين النوري ـ مبادئ العلوم القانونية ـ مرجع سابق ص ٣٢٩.

(١) أنظر : الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ٢ ص٣، الآبي ـ جواهر الأكيل شرح مختصر خليل ـ دار الفكر ـ بيروت ـ بدون تاريخ جـ٢ ص ٢.

(٢) انظر : د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٣٤، د/ عبد الحميد البعلي ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ـ ص ١٠٤ ، د/ على مرعي ـ بحوث في البيع ـ مرجع سابق جـ١ ص١٢.

كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق وكان هذا العقد باطلا أو فاسدا انعدمت قيمتها(١).

ويرجع تشدد الفقهاء فى اشتراط الرضا المعتبر شرعا إلى أن الاعتداد بالمعاطاة بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة يعد خروجا عن الأصل المقرر فى هذا الصدد وهو اللفظ، كما أن هناك من الفقهاء من يمنع الاعتداد بالمعاطاة أصلا. فإذا أجيز التعاقد بها فلابد أن يكون ذلك بشرط توافر الرضاء الذى لا شك فيه (٢).

كما لا يمكن ــ من ناحية ثانية ــ إلحاقها ــ المعاطاة ــ بغيرها من وسائل التعبير بطريق الدلالة، ولا بغيرها من الأفعال التى تدل على الإرادة بالرغم من أن المعاطاة من قبيل الدلالات الفعلية(٣)، وذلك لما ذكرناه فى خصوصية المعاطاة وقصر صلاحياتها علي ما يناسبها من أوجه الإرادة.

لكل ما تقدم ، رأيت أنه من المناسب إفراد " المعاطاة " بمبحث مستقل خاص بها، وعدم إدراجها ضمن وسائل التعبير الصريح التى تكلمنا عنها سابقا، وكذلك عدم إدراجها ضمن وسائل التعبير " دلالة " التى سنبينها لاحقا.

---

(١) انظر فى ذلك : د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٣٤ د/ عبد الحميد البعلي ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ص١٠٤، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤٣.

(٢) انظر : د/وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص٢٣٤.

(٣) التعبير بالمعاطاة يمكن أن يكون صريحا إذا كان ذلك سلوكا مألوفا لدى الناس يدل على الرضا بوضوح مثل عرض التاجر بضاعته مع بيان أثمانها علي الجمهور ووقوف سيارات الأجرة فى المواقف المعدة لها وقد يكون ضمنيا إذا كان المظهر الذى تتخذه ليس فى ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة لكن يمكن فهم الإرادة من خلاله مثل التصرف الفعلي فى سلعة عرضت عليه لشرائها وهكذا. فالمعاطاة لها طبيعة خاصة. أنظر : د/ محي الدين القرةداغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص١١١٥. وهذا الكلام يؤكد الطابع الخاص للمعاطاة ويؤيد إفرادنا لها بالبحث.

المبحث الثالث

السكوت والتعبير بطريق الدلالة

ذكرنا فيما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يتم بوسيلة صريحة كاللفظ الصريح وما يقوم مقامه، كما يمكن أن يتم من خلال المعاطاة أو التبادل الفعلي تلك الوسيلة الخاصـــة من طرق التعبير عن الإرادة. وأخيراً يمكن أن يتم التعبير عنها بطريق الدلالة أو مـــا يعرف فى القانون الوضعي بالتعبير الضمني .

وسوف نتعرف على ذلك فى هذا المبحث من خلال بيان المقصود بالتعبير بطريق الدلالة، وعرض أمثلة لذلك وبيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين التعبير بالسكوت.

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : المقصود بالتعبير بطريق الدلالة .

المطلب الثاني : نطاق اعتبار الدلالة.

المطلب الثالث : الفرق بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت.

المطلب الرابع : أســـاس اعتماد التعبير دلالة.

* السكـــوت والإذعان.

المطلب الأول

المقصود بالتعبير بطريق الدلالة

تمهيد :

يستخدم اصطلاح " التعبير دلالة " أو بطريق " الدلالة " فى الفقه الإسلامي فى معرض الحديث عن التعبير عن الإرادة بصورها المختلفة مقابلاً لاصطلاح "التعبير صراحة " أو " التعبير الصريح " .

ذلك لأن الفقه الإسلامي يقسم وسائل التعبير عن الإرادة إلى وسائل صريحة وهى اللفظ الصريح، وما يقوم مقامه وينوب عنه في ذلك كتابة، أو رسالة ، أو إشارة على نحو ما بينا سابقاً. فتلك الوسائل تعبر عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو مباشراً، بحيث تدل كل من هذه الوسائل على الإرادة بذاتها من غير حاجة إلى استنتاج من ظروف أو ملابسات أو غير ذلك[1]. وفى ذلك يقول صاحب التاج المذهب الزيدي : " وأعلم انه البيع ـ يصح بالكتابة والرسالة ويكون صريحاً فى البيع.. وفى موضع آخر ". ويصح البيع والشراء بالكتابة من الصحيح والأخرس ويكونا صريحين فى ذلك وكذا بالرسالة[2].

ويقابل هذه الوسائل الصريحة، وسائل التعبير دلالة، وهى الوسائل التى لا تكشف بذاتها عن الإرادة ، وإنما يستدل عليها من خلال الاستنتاج والنظر[3].

---

(١) انظر صبحي محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ـ جـ٢ ـ سنة ١٩٤٨، د/ عبد المجيد عبد الحكيم ـ الوسيط فى نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين النظريات الفقه الغربي وما يقابله فى الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ـ شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد سنة ١٩٦٧ جـ١ ص١٢١، د/ مصطفى أحمد الزرقا ـ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص ٣٢٦ ، د/ عبد الناصر العطار ـ نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ـ مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها، د/ عمر السيد أحمد عبد الله ـ إبرام العقد فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي ـ مرجع سابق ص ٢٦، محمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ٢٣٦، د/ محسن البيه ـ مشكلتان متعلقتان بالقبول ـ السكوت والإذعان ـ مرجع سابق ص ١١١، د/ مصطفى الجمال ـ السعى إلى التعاقد فى القانون المدني بمنشورات الحلبي الحقوقية ـ بيروت ـ لبنان ـ الطبعة سنة ٢٠٠١ ص ٥٩.

(٢) انظر : العنسي ـ التاج المذهب لأحكام المذهب ـ مرجع سابق ص ٣٠٩ ، ص ٣١٧ .

(٣) د/ عبد الهادي العطافي ـ صور فى طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني ـ مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها.

فالتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي قد يتم بوسيلة صريحة وهنا يكون التعبير صريحا، وقد يتم بوسيلة غير صريحة وهنا يكون التعبير دلالة.

لذلك فإن الناظر فى كتب الفقه الإسلامي كثيرا ما يجد عبارة " أن الرضا يقع صراحة ودلالة " ويستخدم الفقهاء هذه العبارة فى كل موقف تكون للإرادة دور فاعل فيه سواء أكان انعقاد عقد أم فسخه أم رجوعا فيه ،أم غيره من وجوه التعبير عن الإرادة كالإذن ، أو الإقرار ، أو الإجازة ، أو الإسقاط أو نحو ذلك.

وسوف نبين معنى الدلالة ونورد بعض تطبيقاتها فى الفرعين التاليين .

الفرع الأول

المقصود بالدلالة

والمقصود بالدلالة عند علماء الأصول : " فهم أمر من أمر " أو هي : " كون الشئ بحيث متى فهم يفهم منه شئ آخر ، سواء أفهم هذا الآخر فعلا أم لا "[1]. أو هى ما يتوصل بصحيح النظري فيها إلى الظن "[2].

وهذا يعني كون الشئ سواء أكان لفظا أم غيره متلبسا بحال معينة أو صفة خاصة، بحيث متى فهم بهذه الحالة أو تلك الصفة أدى ذلك إلى فهم شئ آخر. والشئ الأول هو الدال والثاني هو المدلول ، وقد يطلق على كل من الشيئين دال ومدلول باعتبارين كالنار والدخان فإن كلا منهما دال على الآخر وهو مدلول له.

وقد عرفها بعض الباحثين بأنها : " هى كون الشئ بحال يفيد الغير علما بشئ معين" ، كدلالة المصنوعات على وجود الصانع، ودلالة الحمرة فى الوجه على الخجل

---

(١) انظر ذلك : ابن أمير الحاج ـ التقرير والتحبير ـ مرجع سابق جـ١ ص ٩٩، د/ عثمان محمد عثمان ـ مناهج الأصوليين فى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية ـ رسالة دكتوراه ـ جامعة الأزهر بالقاهرة ص٤، د/ جلال الدين عبد الرحمن ـ مذكرة فى أصول الفقه وما يتعلق بالكتاب من دلالات ص١٠، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان ـ دارسات فى أصول الفقه ـ ص ١٧٥.

(٢) الجرجاني ـ التعريفات ـ مرجع سابق ص ١٣٩، د/ عبد العزيز عبد الحفيظ محمد سليمان ـ دراسات فى أصول الفقه ـ مرجع سابق ـ أصول الفقه ص ١٧٥ ، أنظر د/ محمد بكر إسماعيل ـ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ـ دار المنار سنة ١٩٩٦م ، ص ٥٠.

ودلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما تعلم بأن وليها قد زوجها على إجازة العقد[1].

وبناء على ما سبق يكون المقصود بالدلالة فى مجال العقـــود والتصرفـــات " أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه، أو مســتفاداً من حالة تستدعي انعقاده " [2]، أى إن التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة يتم بتعبير لفـظ لا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة ، وإنما بفعل من شأنه أن يكشف عن الإرادة كشــفاً غير مباشر.

والتعبير بطريق الدلالة يعبر عنه فى القانون الوضعي وفقهه " بالتعبير الضمني".

ذلك أن القانون الوضعي يقسم وسائل التعبير عن الإرادة إلى وســـائل صريحـــة ويكون التعبير بها صريحاً ، وهو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة وهو يكـــون كذلك إذا كان المظهر الذى اتخذه مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عـــن هـــذه الإرادة بحسب المألوف بين الناس[3].

وقد حدد القانون المدني المصري الوسائل التى يتم بها التعبـــير صراحـــة عـــن الإرادة فى المادة (٩٠) فقرة أولى وهى اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، وأيضاً اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود[4]. وهو أيضـــاً موقف معظم قوانين الدول العربية كما أنه يتفق فى ذلك مع ما قرره الفقه الإســـلامي على نحو ما بينا سابقاً .

---

(١) انظر د/ نجاح عثمان أبوالعينين إسماعيل ــ المستثنيات فى العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإسلامي ــ رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون ــ جامعة الأزهر بالقاهرة لنيــل درجة الماجستير سنة ١٩٩٦ ص ٢٤٠.

(٢) انظر فى ذلك د/ مصطفى أحمد الزرقا ــ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جـ١ ، المدخل الفقهي العام ص ٣٢٩.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ــ نظرية الالتزام بوجــه عــام ــ مصادر الالتزام ــ دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان سنة ١٩٥٢ ص ١٧٦، د/ عبد المنعـــم البدراوي ــ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري ــ مرجع ســـابق جـــ١ ص ١٢١ د/ أنور سلطان ــ الموجز فى مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ٦٢، د/ عمر السيد أحمـــد عبـــد الله إبرام العقود فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي ــ مرجع سابق ص ١٢٦، د/ عبد القـــادر قحطـــان السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ٦٩٦ ، د/ عبد الهادي العطافي ــ صورة مـــن طـــرق التعبير عن الإرادة مرجع سابق ص ٧٨ .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التمهيدية للقانون المدني ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص ١٣.

وبالإضافة إلى وسائل التعبير الصريح هناك التعبير الضمني، وذلك إذا كانت الوسيلة التى ظهرت بها الإرادة وسيلة لم توضع أصلاً للكشف عن الإرادة؛ ولذا فهى لا تدل بذاتها على حقيقة المعني المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها فى هذا التعيين.

إذ لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة[1]. وقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني المصري الحالي فى فقرتها الثانية على انه : " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

ومسألة التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة فى القانون الوضعي وفقهه من المسائل التى باتت واضحة ثابتة فى الأذهان بحيث لا تحتاج منا إلى تكرار ما قيل بصددها[2].

وكل ما نريد أن نبينه فى هذا المقام هو أن التعبير بطريق الدلالة أو التعبير دلالة فى الفقه الإسلامي هو ما يعرف فى القانون الوضعي " بالتعبير الضمني " . ويكون التعبير ضمنياً إذا تم الإفصاح عن الإرادة إفصاحاً غير مباشر، ولا يكشف فى الأصل عن الإرادة حسب المألوف بين الناس، وإنما لابد من إعمال الفكر فى استنتاج الرضا

---

(١) انظر د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط فى نظرية العقد ــ مرجع سابق جـ١ ص ١٢١ د/ عبد المنعم البدراوي ــ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري ــ مرجع سابق جـ١ مصادر الالتزام ص ١٧٤، د/ سمير عبد السيد تناغو ــ مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠ ص٣٣ وما بعدها.

(٢) ولمزيد من التفاصيل حول التعبير الصريح والتعبير الضمني يراجع على سبيل المثال د/عبد الرزاق السنهوري ــ شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات ــ نظرية العقد ــ المجمع العلمي العربي الإسلامي ــ منشورات محمد الداية ــ بيروت ــ لبنان ــ بدون تاريخ ص ١٥٠ وما بعدها، ولسيادته أيضاً : الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ــ مرجع سابق ص ١٧٥ وما بعدها، وكذلك: مصادر الحق فى الإسلام ــ مرجع سابق ص ٩٩ وما بعدها ، د/ محمد على عرفة ــ مبادئ العلوم القانونية مرجع سابق ص ٣٤٤ وما بعدها، د/ عبد الحي حجازي ــ النظرية العامة للالتزام جـ٢ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ١٧٢، أ / على أبو المجد ــ أحكام النقض على القانون المدني فى ربع قرن ــ مرجع سابق ص ٩٨ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط فى نظرية العقد ــ مرجع سابق ص ١٢١ وما بعدها ، د/ إسماعيل غانم ــ فى النظرية العامة للالتزام جـ١ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٨٠ ، د/ سليمان مرقس ــ الوافي فى شرح القانون المدني المجلد الأول ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ص ١٣٥ ، د/ محمد لبيب شنب ــ دروس فى نظرية الالتزام مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ٨٥، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ــ العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصري والإنجليزي سنة ١٩٧٨ ص ٦٥ وما بعدها.

والتعرف على وجهة الإرادة الحقيقية مع استخدام طريق التعبير " دلالـــة " أو ضمنـــا. وذلك بعكس التعبير الصريح الذى يتخذ صاحبه سبيلا يدل على إرادته بطريق مباشـــر. من غير حاجة إلى إعمال الفكر فى الاستنتاج[1].

ولذلك فإن التعبير الصريح مقدم على التعبير الضمني عند اجتماعهما[2].

وإذا كان هناك فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث المضمـــون فإنه لا فرق بينهما من حيث الأثر – بحسب الأصل – فإنه يعتد بالتعبير الضمني كمـــا يعتد بالتعبير الصريح فى هذا المجال. إلا أنه قد يتحتم فى بعض الحالات التعبير عـــن الإرادة تعبيرا صريحا، وهذا الحتم قد يجـــد مصـــدره فـــى القـــانون أو القضـــاء ، أو المتعاقدين أنفسهم فى بعض الفروض لإبراز أهمية التصـــرف القـــانوني الـــذى يـــراد عقده[3].

---

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – مرجع سابق ص ٩٧ ، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله – العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصري والإنجلـيزي المقـارن مرجع سابق ص ٦٥.

(٢) فإذا صدر من شخص تعبير ضمني وتعبير صريح مخالف تجاه أمر واحد فالعبرة بالتعبير الصريح لأنـه أقوى من التعبير الضمني وسوف نبين ذلك فى موضع لاحق – انظر د/ عبد المجيد الحكيم – الوســيط فى نظرية العقد – مرجع سابق جـ١ ص ١٢٣.

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – مرجع ســابق جـــ٢ ص١٤د/ عبــد الــرزاق السنهوري – شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد – مرجع ســـابق ص١٥١ د/ محمد على عرفة – مبادئ العلوم القانونية – مرجع سابق ص٣٤٤، د/ أحمد حشـمت أبـو ســتيت نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري – مرجع سابق ص ٧٠ ، د/ أحمد حسن البرعي – نظريــة الالتزام فى القانون المغربي – مرجع سابق ص ٥٤، د/ نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامـة للالــتزام جـ١ – مصادر الالتزام – مرجع سابق – ص ٩٦، د/ عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقـــد فـــى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – مرجع سابق ص ١٥٣.

ومن المواضع التى تشترط القانون أن يتم التعبير عنها تعبيرا صريحا ما نص عليه القانون المدنـــي المصري فى المادة (٣٠٩) من انه " لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص علـــى هـــذا الضمان " . وهذه المادة تقابل المادة (٣٥٢) فى القانون المدني الأهلي الصادر سنة ١٨٨٣م حيث كـــانت تنص على انه " لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين ومن المواضع التى تشترط فيها القضاء تعبير صريح : اشتراط الفوائد وتحديـــد الدين إذ يجب أن يكون الاتفاق بشأنها واضحا وصريحا.

الفرع الثاني

بعض الصور التطبيقية للتعبير بالدلالة

وللتعبير بالدلالة أو " التعبير الضمني " فى مجال العقود والتصرفات صور كثيرة نذكر بعضاً منها على سبيل التوضيح حتى تتجلى التفرقة بينها وبين السكوت. ولعل أبرز صورة لذلك دلالة " المعاطاة " أو التبادل الفعلي على التراضي التى سبق بيانها.

وعلمنا أنها تتمتع بطابع خاص ، إذ إنها مقصورة على المعاملات التى تقتضي البذل والإعطاء من الجانبين أو من جانب واحد على نحو ما بينا سابقاً[1].

وبخلاف " المعاطاة" ودلالتها على التعبير عن الإرادة هنالك صور أخرى للتعبير دلالة، ففى مجال انعقاد العقود، يمكن التعبير عن الإرادة بشقيها ـ الإيجاب والقبول ـ بطريق الدلالة.

ويعد من قبيل الإيجاب " دلالة " أو " ضمناً " بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار وصدور عمل منه يفهم على أنه يريد تجديد الإيجار[2]. فذلك ينطوي على إيجاب ضمني من المستأجر بتجديد الإيجاب وقبول ضمني من المؤجر. ففى تلك الصورة عبر المتعاقدان عن إرادتيهما ضمناً أى دلالة[3].

ومن التعبير عن الإيجاب دلالة أيضاً، الإيجاب الصادر من سائق عربة ركوب والمستفاد من وقوفه فى الطريق لنقل من يتقدم إليه من الناس[4].

ومن الإيجاب دلالة أيضاً : أن يدخل شخص محلاً لبيع بضاعةٍ ما فيأخذ شيئاً

---

(١) راجع فى الحديث عن المعاطاة ص وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري ـ شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزامات ـ نظرية العقد ـ مرجع سابق ـ ص ١٥٥، د/ أحمد حسن البرعي ـ نظرية الالتزام فى القانون المدني المغربي ـ مصادر الالتزام ـ العقد ـ مرجع سابق ص٥٤، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ مرجع سابق ص ٩٨، د/ سمير عبد السيد تناغو ـ مصادر الالتزام والإثبات ـ مرجع سابق ص٣٧، د/ نبيل إبراهيم سعد ـ النظرية العامة للالتزام جـ١ ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ـ ص٩٦،د/ مصطفى الجمال ـ القانون المدني فى ثوبه الجديد ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٧١.

(٣) د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ص١٥٣.

(٤) د/ أنور سلطان ـ الموجز فى مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ـ ص ٦٣.

منها، وينقد صاحب المحل مبلغاً من المال من غير أن يتفوه بكلمة، فيقول لـه المـالك قبلت أو بعت. ففي هذه الصورة ــ والصور السابقة عليها ومثيلاتها ــ تم الإفصاح عن الإيجاب بغير لفظ ولا كتابة ولا إشارة وإنما بفعل فهم منه المراد[١].

والقبـول أيضا يجوز التعبير عنه صراحة ــ باللفظ وما يقوم مقامه ــ كقبلت أو بعت أو اشتريت أو غير ذلك من صور التعبير الصريح ــ كما يجـوز التعبـير عنـه "دلالة" أي بدلالة فعل معين ممن صدر إليه الإيجاب موافقة أو رداً أو رفضاً.

فمن القبول " دلالة " القبول الفعلي بعد إيجاب لفظي، وصورة ذلك أن يقول البـائع كل هذا الطعام بدرهم فأكله من غير لفظ، فتم البيع، وأكله حلال. ويقاس على ذلك كـل قبض للمبيع بعد التلفظ بالإيجاب، حيث يتم التعبير عن قبول وما وجه إليه من إيجـاب بطريق " الدلالة " أي بدلالة الفعل [٢].

ومن صور القبول دلالة أيضاً : قيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة، إذ يعد التنفيذ حينئذ قبولاً ضمنياً. ويقاس على ذلك تنفيذ الموجب له الأمر الذى يعرضه عليـه الموجب، إذ يعد التنفيذ الفعلي قبولاً بطريق الدلالة[٣]؛ لذلك يعد من قبيل القبول "دلالـة" أن يتصرف شخص في شئ ليس له لكن عرض عليه أن يشتريه، أو كان موعوداً لـه ببيعه. فذلك التصرف دليل ضمني على القبول[٤].

---

(١) ويمكن للتعبير عن الإرادة بدلالة الحال كذلك في الفترة التي تسبق انعقاد العقد وهي ما تعرف بـالدعوة إلى التفاوض، أي دعوة أحد الأشخاص إلى الآخر معيناً أو غير معين للدخول معـه فـي مساومة أو مفاوضة بشأن عقد معين ويعد من قبيل ذلك الوقوف بالسلعة للسوم في سوقها فهذه دعوة إلى التفـاوض بدلالة الحال. أنظر: د/ عبد الحليم القوني ــ حسن النية وأثره في التصرفات ــ مرجع سـابق ص٣٢٤ د/ جابر عبد الهادي سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص ٢٧-٢٨.

(٢) انظر في ذلك ابن الهمام ــ شرح فتح القدير ــ مرجع سابق جـ٥ ص٧٤، ابن عابدين ــ حاشـيته رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص٥٠٦.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري ــ شرح القانون المدني ــ النظرية العامة للالتزامات ــ نظرية العقد ــ مرجع سابق ص ١٥٦، د/ أنور سلطان ــ الموجز في مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٦٣، د/ عبد المنعم البدراوي ــ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصـري ــ جـ١ ــ مصـادر الالـتزام مرجع سابق ص ١٧٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد في الشـريعة الإسـلامية والقـانون الوضعي ــ مرجع سابق ص ١٥٣.

(٤) د/ عبد الرزاق السنهوري ــ شرح القانون المدني ــ النظرية العامة للالتزامات ــ نظرية العقد ــ مرجع سابق ص١٥٦ ولسيادته أيضاً الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ــ نظرية الالـتزام بوجـه عـام مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط في نظرية العقـد ــ مرجـع سابق ص١٢١، د/ عبد المنعم البدراوي ــ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ــ ==

وهكذا يمكن أن تفهم الموافقة على الإيجاب بطريق الدلالة ــ كما رأينا ــ كما يمكن أيضا رفض الإيجاب دلالة أى إن الدلالة هنا دلالة رفض للإيجاب، وذلك لأن رفض الإيجاب ممن وجه إليه قد يكون صريحا باللفظ أو ما يقوم مقامه، وقد يكون "دلالة " أو " ضمنا "، ويفهم ذلك من قيام الموجب له من مجلس العقد قبل القبول، إذ يعد القيام فى هذه الحالة دليل للإعراض والرجوع[1]. وفى ذلك نصت المادة (١٨٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : " لو صدر من أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب " [2]. وعلى ذلك لو انشغل الموجه إليه الإيجاب بأمر آخر غير أمر المتعاقد كالحديث فى أمر لا يتصل بموضوع التعاقد، أو قام من المجلس معرضا عن التعاقد أو ما إلى ذلك فإن ذلك يعد رفضا ضمنيا للإيجاب[3].

ويقع التعبير بطريق " الدلالة " أيضا فى مجال الخيارات[4] من العقود، حيث إن هذه الخيارات من شأنها أن تجعل لأحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد والرجوع

== مرجع سابق ص ١٧٣ ، د/ محمد سلام مدكور ــ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٧٢، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٧١.

(١) البابرتي ــ شرح العناية على الهداية هامش شرح فتح القدير ــ مرجع سابق جـ٥ ص٨٠، العاملي الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٤٤٩.

(٢) انظر : سليم رستم باز ــ شرح المجلة ص ٨٥ م " ١٨٣" .

(٣) انظر ذلك تفصيلا د/ جابر عبد الهادي سالم ــ مجلس العقد فى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مرجع سابق ص ٤٣٠ وما بعدها.

(٤) والخيارات جمع مفرده خيار وهو ما أخذ من الاختيار ومعناه فى لغة العرب طلب خير الأمرين أو الأمور من إمضاء العقد أو تعديله أو إنهائه بالفسخ والرجوع فيه ولذلك يقال (خيرته بين الشيئين فوضت إليه الاختيار ــ فلختار أحدهما وتخيره) . انظر : الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص١٩٥ د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٩٠، د/ لاشين الغياتي ــ خيار الرؤية وأثره على العقد بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ــ جامعة الأزهر بالقاهرة ــ العدد الثاني سنة ١٩٨٦ ص٩٢، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٤٦٦، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٥٥٠، والخيار فى اصطلاح الفقهاء يقارب من المعنى اللغوى وهو : " طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد وتنفيذه أو فسخه ورفعه من أساسه لسبب شرعي أو لتفاق إرادي بين الطرفين المتعاقدين " . د/ لاشين الغياتي ــ خيار الرؤية وأثره على العقد ــ مرجع سابق ص ٩٣ : " ولا شك أن الشريعة الإسلامية قد انفردت ببحث موضوع الخيارات بحثا تفصيليا ودقيقا ومتكاملا " . د/ لاشين الغياتي ــ المرجع السابق ص٩٣ والخيارات كثيرة فى الفقه الإسلامي لختلف الفقهاء فى عدها إلا أنها يمكن تصنيفها إلى خيارات تثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطها المتعاقدان أى جبرية . وأهمها خيار الرؤية وخيار العيب، وإلى خيارات إرادية أى ترتبط بإرادة==

فيه بعد تمامه، أو إمضائه[1].

فإذا تم البيع مثلا بشرط الخيار للمتعاقدين – فى خيار الشرط – حيث يجوز أن يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته فى مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر[2]. فإن إمضاء هذا البيع أو فسخه قد يتم صراحة أو دلالة. ويقع الفسخ دلالة بالتصرف فى المبيع بالإيجار أو الإيصاء به أو بعرضه على البيع من غيره، أو كان ثوبا فيلبسه. فهذا التصرف إن صدر من البائع يعد فسخا للبيع بطريق الدلالة. أما إن صدر التصرف من المشتري فإنه تعبير رضا وإمضاء للبيع. وفى ذلك يقول ابن جزى : " .. هذه الأفعال من المشتري تدل على الإمضاء ، ومن البائع تدل على الفسخ " [3].

وفى ذلك نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة " ٤٩٩ " على أنه : "كما أن

==المتعاقدين فلا تثبت إلا بالشرط وأهمها : خيار الشرط وخيار التعيين – انظر فى ذلك د/ محمد مصطفى شلبي – نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي – المرجع السابق ص٣٩٠، د/ لاشين الغياتي خيار الرؤية – مرجع سابق ص ١٠٠، د/ أحمد فراج حسين – الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية – مرجع سابق ص ٣٣٣ وما بعدها، د/ على أحمد مرعي – بحوث فى البيع – مرجع سابق ص ١٥٣ وما بعدها ، د/ رمضان الشرنباصي ، د/ محمد كمال الدين إمام – المدخل لدراسة الفكر الإسلامي – دار النيل للطباعة والنشر – المنصورة ص ٤٧٩.

(١) ذلك لأن الخيارات فى الفقه الإسلامي شرعت استثناء من قاعدة لزوم العقد فالأصل فيه اللزوم لكن الشارع الحكيم رأفة ورحمة بالمتعاقدين ورفعا للحرج عنهم دفعا للإضرار بهم أثبت فى العقد الخيار بمعنى أن يكون لأحد المتعاقدين أو كلاهما حق فسخ العقد بعد تمامه تفاديا لهذا الحرج. وأيضا لرفع الظلم فى المعاملات والوصول إلى تمام الرضا وضمان توافره من المتعاقدين، انظر د/ محمد مصطفى شلبي – نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص٣٧٠، د/ لاشين الغياتي – خيار الرؤية – مرجع سابق ص ٩٦، د/ محمد يوسف موسى – الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص٤٦٦، د/ رمضان الشرنباصي والدكتور محمد كمال الدين إمام – المدخل لدراسة الفكر الإسلامي – مرجع سابق ص ٤٧٩.

(٢) خيار الشرط هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق فى إمضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة إذا شرط ذلك فى العقد – أنظر – الجرجاني – التعريفات – مرجع سابق – ص ١٣٧، د/سليم رستم باز – شرح المجلة – مرجع سابق ص ١٥٦، م " ٣٠٠ " ، د/ محمد مصطفى شلبي – نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٣٩٦، د/ رمضان الشرنباصي ، د/ محمد كمال إمام – المدخل لدراسة الفكر الإسلامي – ص ٤٨٠.

(٣) انظر ابن جزي – القوانين الفقهية – مرجع سابق ص١٨٠، الماوردي – الحاوي الكبير فى مذهب الإمام الشافعي – مرجع سابق جـ٥ ص٤٦، قاضيخان الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية – مرجع سابق جـ٣ ص٤٣، القرافي – الذخيرة – مرجع سابق جـ٥ ص٣٤؛ ابن قدامة – المغني – مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٢.

الفسخ والإجازة يكونان بالقول فكذلك يكونان بالفعل أيضا " [1].

وفى خيار العيب[2] أيضا حيث يجوز للمشتري رد المبيع إلى البائع إذا وجد بـــه عيبا لم يطلع عليه عند العقد. كما يجوز له إمضاء العقد والرضا بهذا العيب وذلك يكون صراحة أو دلالة. ويقع الرضا بالعيب دلالة بتصرف المشتري فى المبيع بعد إطلاعـــه على العيب كتأجيره أو رهنه، أو عرضه على البيع، فكل ذلك دليل على رضائه بسقوط حقه فى الرد بالعيب[3].

وكذلك المشتري الذى له خيار الوصف إذا تصرف فى المبيع تصـــرف المـــلاك بطل خياره، إذ يعد تصرفه دلالة على رضاه بالبيع مع تخلف الوصف[4].

ومن قبيل التعبير دلالة أيضا إسقاط حق الشفعة حيث قرر الفقهاء أن حق الشفعة

---

(١) راجع سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٢٧٦، وراجع أيضا على حيـــدر ــ درر الحكـــام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ مواد " ٣٠٢ - ٣٠٣ " ص ٢٥٠ - ٢٥١ فى الإيجازة الفعلية.

(٢) خيار العيب هو " أن يكون للمتملك الحق فى إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيبا فى محل العقد المعين لم يطلع عليه عند التعاقد " أى له أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب " . انظر الجرجاني ــ التعريفـــات ــ مرجع سابق ص١٣٧، د/ أحمد إبراهيم بك ــ كتاب المعاملات الشرعية ــ مرجع ســـابق ص١٠٧، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٩٩ ، د/ رمضـــان الشرنباصي ، د/ محمد كمال إمام ــ المدخل لدراسة الفكر الإسلامي ــ مرجع سابق ص٤٨٩، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٨٨.

(٣) انظر : السرخسي ــ المبسوط ــ مطبعة السعادة ــ الطبعة الأولـــى ــ بـــدون تـــاريخ جـــ ٣ ص٩٨ ابـــن جزى ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص١٧٦، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع ســـابق جـــ٤ ص٢٢٤.

(٤) والمقصود بخيار الوصف: شراء شيئ بوصف مرغوب كشراء بقرة على أنها حلوب أو فصا على انـــه ياقوت أحمر فظهر أصفر فهنا يخير المشتري بين إمضاء البيع أو رده لتخلف الوصف المرغوب. انظـــر سليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص ٣٢١م " ٣١٢" ، على حيدر ــ درر الحكام شـــرح مجلة الأحكـــام ــ مرجع سابق ص ٢٠٦ ومثل ذلك أيضا فى القانون الوضعي حيث قـــررت المـــادة " ١٣٨" فقرة أولى من القانون المدني المصري أن حق إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنيـــة مثال الإجازة الضمنية، أن يأتي من له الحق فى التمسك بالبطلان بتنفيذ العقد أو بإتيانه عملا يدل علـــى نزوله عن التمسك بالبطلان كبنائه على الأرض التى اشتراها أو أن يبرم تصرفا قانونيا يستخلص منـــه انه أجاز العقد والإجازة هى تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيه العـــاقد الـــذى تقـــرر الإبطـــال لمصلحته عن رغبته فى النزول عن الحق فى التمسك بالإبطال . أنظر : د/ عبد الرازق حســـن فـــرج نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامي ــ دراسة مقارنة بالقانون المدني ــ دار النهضة العربية ســـنة ١٩٦٩ ص٢١٢، د/ نبيل إبراهيم سعد ــ النظرية العامة للالتزام جـ١ مصادر الالتزام ــ مرجع ســـابق ص٢٤٠، د/ عبد القادر قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ٤٤٩.

يسقط بطريق " الدلالة " وذلك بإتيان الشفيع ــ وهو من له الحق فى طلب الشفعة ــ عملا من شأنه أن يدل على عدم رغبته فى الأخذ بالشفعة ، كأن يساوم المشتري فى الشفعى " أى المبيع الذى له حق الشفعة فيه " أو يستأجره منه. أو كان الشفيع وكيلا للبائع في البيع أو ضامنا الثمن للبائع . فهذه الأفعال تحمل فى طياتها الإعراض عن الشفعة أى تعبير عن التنازل عنها بدلالة الرضا المدلول عليه بهذه الأفعال[1].

ثمة صورة أخرى من صور التعبير عن الإرادة " دلالة " فى مجال الوصية. إذ يعد من مبطلات الوصية من قبل الموصي الرجوع عن الوصية. فمن المعلوم أن الوصية عقد غير لازم فى حياة الموصى، ومن ثم فإن له أن يرجع عنها كلا أو بعضا فى أى وقت يشاء.

هذا الرجوع قد يكون صريحا ــ بالقول وما ينوب عنه ــ وقد يكون أيضا بطريق "الدلالة "، أى بالفعل الذى يدل على الرجوع ، وذلك كأن يتصرف فى الشئ الموصي به، وذلك كبيعه ، أو هبته وغير ذلك من الأفعال التى تدل ــ عرفا أو عادة ــ على الرجوع، طبقا للراجح.

وفى ذلك نص القانون ــ قانون الوصية ــ فى المادة (١٨) منه على أنه : "يجوز الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعد رجوعا عن الوصية كل

---

(١) انظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٢، ص٢٨-٣٠، ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص ١٨٩، الشفعة بإسكان الفاء من الشافع رصد الزوج لأن الشفيع بالشفعة يضم المبيع إلى ملكه الذى كان منفردا. وأما فى الاصطلاح فهى : عند الحنابلة " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذى استقر عليه العقد " . انظر البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٢٥٤ ، وعرفها المالكية : " استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة " . انظر الصاوي ــ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٢٦، والزرقاني ــ شرح الزرقاني ــ على موطأ الإمام مالك مرجع سابق جـ٣ ص٣٧٦، والدسوقي ــ حاشية الدسوقي جـ٣ ص ٤٧٣، وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها : " هى حق تملك المال المشفوع فيه عند تحقق سببها من مالكها الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف " . د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٦٦، وللمزيد من التعرف على تعريف الشفعة وأحكامها وسقوطها " دلالة " كما تسقط بالتصريح . انظر على سبيل المثال : د/ أحمد إبراهيم بك ــ كتاب المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص٥٢ ، وعلى الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص١٠٩ وما بعدها، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٠٣ وما بعدها، د/ عبد الودود السريتي ــ المدخل لدراسة بعض النظريات فى الفقه الإسلامي ــ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧ ص ٥٩ وما بعدها، د/ عسوي أحمد عسوي ــ الفقه الإسلامي ــ المدخل ونظرية العقد ــ مطبعة دار التأليف ــ الطبعة الثانية ــ بدون تاريخ ص ٣٢٠.

فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها،ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي على الموصي به" .

وهكذا، أقر القانون الرجوع عن الوصية بطريق " الدلالة " الفعلية متى دل على ذلك عرف أو قرينة(١).

صورة أخيرة من صور التعبير عن الإرادة بطريق " الدلالة " في التمليك في الطلاق.. ومعنى التمليك أي يملك الرجل زوجته أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر..

وما يهمنا في هذا المقام هو أن قبول المرأة للتمليك قد يكون بالقول بأن توقع الطلاق بلفظها . وقد يكون بالفعل وذلك بأن تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها أو غير ذلك. فهذه الأفعال تثبت قبولها للتمليك بطريق الدلالة أي " ضمنا "(٢).

---

(١) راجع في ذلك د/ عبد الودود السريتي ــ الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية ــ المكتب العربي للطباعة سنة ١٩٩٢ ص ٨٤ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ــ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧م ص ١٨٣، د/ محمد سراج ــ أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون ــ دار المطبوعات الجامعية سنة١٩٩٨ ص٦٥وما بعدها.

(٢) راجع في بيان تلك الصورة ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٥، والفرق بين التمليك والتوكيل : أن التوكيل هو : أن يوكل الرجل المرأة على طلاقها فلها أن تفعل ما وكلها عليه من طلقة واحدة أو أكثر وله أن يعزلها ما لم تفعل ذلك . وأما التمليك فهو أن يملكها أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك خلافا للشافعي ــ المرجع السابق ص ١٥٥.

المطلب الثاني
نطاق اعتبار الدلالة

رأينا ــ فيما سبق ــ أن التعبير عن الإرادة قد يتم بطريق " الدلالة الفعلية " كما يتم " صراحة" . وأن ما يقوم به الشخص من فعل معين يمكن استخلاص إرادته منه، فإن هذا الفعل اعتبر له الفقهاء " دلالة " تقوم مقام التعبير الصريح من قول وما يقوم مقامه، إلا أن ذلك محدود بعدم معارضته بالصريح.

إذ يشترط لاعتبار تلك الطريقة ــ الدلالة ــ فى التعبير عن الإرادة ألا تعارض صريح الأقوال. ففى كل الصور السابقة التى عرضناها كنماذج للتعبير دلالة، نلاحظ أنه لو صدر من الشخص تصريح يعارض ما دل عليه فعله فإنه لا عبرة للدلالة فى هذه الحالة وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية : " **لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح** " .

ومعنى هذه القاعدة : أنه لا عبرة للأمارة الدالة على الرضا بالفعل أو عدم جوازه إذا عارضها ما هو أقوى منها وهو التصريح بالإذن أو المنع، وبعبارة أخرى: إذا تعارض التصريح والدلالة كان العمل بالتصريح ولا عبرة للدلالة.

وذلك لأن الدلالة دون التصريح فى الإفادة وهو أقوى منها، فلا تعد فى مقابلته لأنه أقوى منها فى التعبير عن الإرادة. ومحل رجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بين الصراحة والدلالة قبل ترتب حكم مستند على الدلالة، أما بعد العمل بالدلالة ، أى بعد ترتب الحكم وجريانه استناداً عليها فلا اعتبار للصراحة[1].

وقد أورد الفقهاء أمثلة أو تطبيقات لهذه القاعدة منها ما ورد فى شرح العناية : "..أن الرجوع صريحاً ودلالة والدلالة تعمل عمل الصريح، ولو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة " [2].

---

(١) راجع فى هذه القاعدة تفصيلاً على حيدر ــ درر الحكام ــ شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٨ م " ١٣" من المجلة ، سليم رستم ــ شرح المجلة ص٢٥ ، والشيخ أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية قدم له نجله مصطفى أحمد الزرقا وعبد الستار أبو غدة ــ دار الغرب الإسلامي ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ ص ٩١، وصبحي محمصاني ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٨٦ د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٤١٧، د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ص ٥٠، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢١٨.

(٢) انظر البابرتي ــ شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٨٠.

ومنها : لو أن رجلا وضع ماله فى محل فرآه صاحب المحل وسكت، ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب المحل وديعة بدلالة الحال. وهو فعل من صاحب المال وسكوت صاحب المحل. أما إذا رد صاحب المحل الإيداع بأن قال لا أقبل أو لا شأن لى به فلا ينعقد الإيداع حينئذ للنهي الصريح الذى يقدم على الدلالة[1].

ومنها أيضا: " لو وهب شخص مالا لأخر وقبضه الموهوب له فى المجلس، تمت الهبة، وإن لم يأذن له الواهب لأن إيجاب الواهب إذن بالقبض دلالة، لكن لو نهاه الواهب صراحة عن القبض فى المجلس سقط حكم الدلالة وبطلت الهبة " [2].

ومن ذلك أيضا : " الوديع له السفر بالوديعة حسب العادة المتبعة ، فلو نهاه المودع صريحا ليس له السفر بها، لأن الصريح أقوى من الدلالة " [3].

وكذلك: لو أن شخصا كان مأذونا بدلالة الحال بعمل شئ فمنع صراحة عن عمل ذلك الشئ فلا يبقى اعتبار حكم لذلك الإذن الناشئ عن الدلالة، فلو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأسا فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن، لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها بخلاف ما لو نهاه صاحب الدار عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن لأن النهي الصريح أبطل الإذن المستند على دلالة الحال[4].

وفى معنى قاعدة : " لاعبرة للدلالة فى مقابلة التصريح " قاعدة أخرى أوردها السبكى فى الأشباه والنظائر وهى : إذا تعارض القول والفعل فالقول أقوى على الأقوى"[5].

نخلص مما تقدم إلى أنه يشترط لاعتبار " دلالة " الرضا المستفادة من الفعل ألا

---

(١) انظر صبحي محمصاني ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص ٢٨٦.

(٢) على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٤١٧، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢١٨.

(٣) د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ٤١٨.

(٤) على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٨، ود/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ مرجع سابق ص ٥١، ويراجع فى تطبيقات أخرى الشيخ أحمد الزرقا ــ شرح القواعد الفقهية ــ المرجع السابق ص ٩٢ وما بعدها.

(٥) السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٥١.

يعارضها صريح القول قبل ترتب الحكم على تلك الدلالة لما قرره الفقهاء من أن الصريح أقوى من الدلالة فيقدم عليها.

ولئن كانت هذه القاعدة صادقة في مجال الدلالة الفعلية من معاطاة[1] وغيرها من الأفعال فهي بالنسبة لدلالة السكوت أصدق، حيث لا قول ولا فعل مع دلالة السكوت.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القاعدة المتقدمة يرد عليها بعض الاستثناءات، بحيث تبقى الدلالة بالرغم من معارضتها بالصريح.

مثال ذلك: لو اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فيه، فاستعمله استعمالا يدل على الرضا بالعيب، وهو يصرح بعدم الرضا به، فإنه يلزمه المبيع، ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا. وذلك على خلاف قاعدة: " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ". وعلة هذا الاستثناء: أن خيار العيب بعد العلم بالعيب يلزم فيه رد المبيع دون اختيار له حتى لا يسقط الخيار، وذلك بخلاف خيار الشرط فهو مشروع للاختيار واستعمال المبيع مرة كاللبس أو الركوب مثلا يراد به ذلك بخلاف ما لو اطلع على عيب.

صورة أخرى مستثناة من تلك القاعدة أيضا وهي: " لو تبنى متولي الوقف – أي الموكل بأمور الوقف – أو غرس في عقار الوقف، ولم يشهد أنه لنفسه ثم اختلف مع المستحقين، فقال: غرست أو بنيت لنفسي، وقال المستحقون بل غرست أو بنيت للوقف، فإن القول يقبل من المستحقين لا من متولي الوقف. فهنا ترجحت دلالة الحال بكونه متوليا على تصريحه بأنه فعل لنفسه. ووجه هذا الاستثناء أن بناءه وغرسه لنفسه غير جائز ويعد خيانة منه إذا فعل دون إذن، ولهذا يقبل قول المستحقين عند التنازع ولا يعد بتصريحه[2].

---

(١) المعاطاة ولو من جانب واحد: هي فعل يتضمن الدلالة على الرضا إلا إذا عارض هذه الدلالة صريح ظاهر. فالرفض الصريح من أحد الطرفين ينفي الرضا الضمني المستفاد من التعاطي – أنظر د/ عبد الحميد البعلي – ضوابط العقود – مرجع سابق ص ٤٠.

(٢) راجع في ذلك: د/ نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل – مستثنيات في العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التي ترد عليها في الفقه الإسلامي – رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ١٩٩٦م، ص ٢٤٠، ص ٣١٣.

المطلب الثالث

الفرق بين التعبير بطريق الدلالة والتعبير بالسكوت

من خلال دراستنا للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة، ومعرفة المقصود بها ، ومن خلال الصور التى عرضناها بوصفها نماذج لتلك الوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، يتبين لنا أن ثمة شبهاً كبيراً بينها وبين دلالة السكوت، ويتجلى هذا الشبه فى أن كليهما يعبر عن الإرادة بطريق " الدلالة " لا بطريق صريح أو مباشر ، لذلك فهما يشتركان فى هذه الناحية. ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب للاعتماد عليهما ـ من اعتبار دلالتهما على الرضا ـ اللجوء إلى القرائن للوصول إلى حقيقة القصد والرضا[1].

ومرد اعتبارهما من قبيل التعبير عن الإرادة بطريق " الدلالة " أو بطريق "ضمني" هو أنه فى كلتا الوسيلتين لا يستعمل فى الإفصاح عن الإرادة لفظ ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، وإنما هناك صمت وسكوت ممن ينبغي التعرف على إرادته إزاء موقف ما، ذلك لأننا علمنا أن السكوت فى ذاته موقف سلبي بحت غير مقترن بقول ولا بفعل. أى فى استخلاص الرضا " دلالة " أيضاً لا يوجد لفظ. فالسكوت موجود فى الحالتين، وهذا هو ما يقرب التعبير بطريق الدلالة بحالة التعبير بالسكوت بل إن هذا القدر من الاشتراك أو التقارب موجود بين السكوت وباقي وسائل التعبير عن الإرادة عدا اللفظ حتى فى الكتابة والإشارة والرسالة. وكذلك التعاطي أو المعاطاة. كما سبق أن بينا ، حيث لا لفظ ولا كلام فى كل تلك الوسائل. لكننا قد علمنا أن السكوت يختلف عن الكتابة والإشارة، وكذلك المعاطاة التى تنطوي على فعل من الجانبين أو من أحدهما مع السكوت أو الصمت. وتلك تفرقة دقيقة جداً بين دلالة المعاطاة وغيرها من الدلالات.

ولكن بالرغم من هذا التشابه بين التعبير " دلالة " والتعبير بالسكوت، فإنهما يختلفان اختلافاً ظاهراً[2].

---

(١) راجع : د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ مرجع سابق ـ هامش ص٩٩.

(٢) يرى بعض الباحثين من المعاصرين عدم صحة التفرقة بين السكوت والتعبير الضمني باعتبار السكوت فرداً من أفراد التعبير الضمني ويعتبر السكوت فى ظروف معينة يشكل إرادة ظاهرة تفصح عن الإرادة الباطنة ويدل عليها بصورة صريحة فى حالات السكوت الموصوف وبصورة ضمنية فى حالات السكوت الملابس ـ انظر فى عرض هذا الرأى وحججه تفصيلاً د/ عبد القادر محمد قطحان ـ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص ٦٨١ وما بعدها.

فباستعراض الصور التى عرضناها للتعبير بطريق الدلالة يتضح أن هناك فارقا جوهريا بين التعبير بطريق الدلالة والتعبير بطريق السكوت. يتمثل هذا الفارق فى أن التعبير بطريق السكوت يتم من خلال ظروف أو قرائن وملابسات تحيط به. ذلك لأننا نعلم أن دلالة السكوت دلالة على خلاف الأصل، إذ الأصل أن السكوت لا دلالة له على شئ، وإنما يمكن أن تستشف الإرادة معه من خلال ظرف ملابس أو نص أو عرف أو ما إلى ذلك. من غير أن يأتي الساكت بأى فعل من شأنه الدلالة على الإرادة، فضلا عن التزامه الصمت.

أما فى التعبير بطريق "الدلالة" أو التعبير "الضمني" فليس هناك كلام أيضا. إلا أن الساكت يأتي بفعل من شأنه الدلالة على إرادته. فالشخص الذى وجه إليه الإيجاب وانشغل عنه بكلام آخر، أو قام من المجلس من غير أن يقبل هو، لم يتفوه بكلمة بالموافقة أو الرفض، إلا أن ما صدر عنه من فعل كقيام ونحوه يفهم منه أنه أعرض عن الإيجاب الذى وجه إليه ورفضه، اللهم إلا إذا صدر منه ما ينفى هذه الدلالة المستفادة من الفعل مع السكوت[1].

وكذلك بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار مع سكوت المؤجر والمستأجر أيضا هذا الفعل ــ وهو استمرار سكناه ــ أو بقائه فى العين المؤجرة مع دفعه الأجرة من المستأجر فهم منه إرادته فى تجديد عقد الإيجار ضمنا أو دلالة ، كما أن قبض المؤجر للأجرة من غير كلام أيضا فيه دلالة الرضا.

وقياسا على ذلك كل صور التعبير " دلالة " كاستعمال المشتري للمبيع بعد علمه بالعيب، أو التصرف فيه مع توافر علمه بالعيب وعلمه بإمكانية رده. كل تلك التصرفات من شأنها الدلالة على الإرادة.

وهكذا، نجد أن الشخص صدر منه فعل ، فسكوته إذا ليس سكوتا مطلقا عن الكلام، وعن الفعل.

وذلك ــ بالطبع ــ بخلاف الوضع فى السكوت الذى لا يصاحبه فعل، ففى التعبير " دلالة " ليس السكوت سكوتا مجردا، بل إن الشخص اتخذ مسلكا إيجابيا، يمكن استخلاص الإرادة منه . بخلاف السكوت الذى هو مجرد وضع سلبي بحت أو كف

---

(١) علمنا سابقا انه لو قام من مجلسه قبل القبول أو وانشغل ثم صرح بالقبول فإنه يعمل بهذا التصريح ويهدر ما دل عليه فعله بناءا على قاعدة مشهورة هى انه " لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح " راجع ما سبق.

مطلق.

ولذلك، فإن استخلاص الإرادة من الفعل أو ذلك الوضع الإيجابي – في التعبير دلالة – أيسر من استخلاصها من السكوت حيث لا فعل ولا كلام.

ومن هنا أيضا نجد أن التعبير ضمنا أو دلالة ، طريق معتد به في التعبير عن الإرادة بلا جدال. على العكس من التعبير بالسكوت الذى تعد دلالته على خلاف الأصل، كما أنها دلالة احتمالية.

اضف إلى ما سبق أن هنالك فارقا آخر بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت، وهو أن التعبير " دلالة " يصلح للتعبير عن الإيجاب والقبول إذ قد يتضمنهما على نحو ما رأينا في نماذج التعبير دلالة التى عرضناها سلفا.

أما فيما يخص السكوت فإنه لا يمكن بحال أن يعبر عن الإيجاب ، إذ الإيجاب ينطوي على عرض موجه من شخص إلى آخر فلا يتصور عقلا أن يستخلص من السكوت. بل لابد من موقف إيجابي، ولذلك فإنه لا محل للكلام عن السكوت بوصفه معبرا عن الإيجاب[1].

لكل ما تقدم ، يختلف التعبير " دلالة " أو ضمنا عن التعبير بالسكوت. وفي ذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمادة (١٤٢) التى أصبحت المادة (٩٨) من القانون المدني المصري : " ١ – ينبغي التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة ومجرد السكوت. فالتعبير الضمني وضع إيجابي، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي. وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجابا أو قبولا، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابا وإنما يجوز في بعض الفروض الاستثنائية أن يكون قبولا .." [2].

---

(١) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري – شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد – مرجع سابق ص١٥٦، د/ إسماعيل غانم – في النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق جـ١ مصادر الالتزام ص٨٢، د/ عبد المنعم البدراوي – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – جـ١ مصادر الالتزام – مرجع سابق – ص١٧٥، د/ عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – مرجع سابق ص٩٩، د/ سمير عبد السيد تناغو – مصادر الالتزام والإثبات – مرجع سابق ص٤٠، د/ سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة – مرجع سابق ص ١٤٢، د/ عبد الهادي العطافي – صور من طرق التعبير عن الإرادة في القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني – مرجع سابق ص ٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – مرجع سابق – جـ٢ ص٩٧ م (٩٨).

فهذا نص فى الفرق بين التعبير دلالة والتعبير بالسكوت. وهو يرتكز على ما قلناه من توافر الوضع أو المسلك الإيجابي مع التعبير دلالة وتخلفه في حالة السكوت، وصلاحية التعبير دلالة للتعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا، وعدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإيجاب، وإنما قد يصلح أحيانا للتعبير عن القبول[1].

وإذا كنا قد أشرنا سلفا إلى أن التعبير دلالة والتعبير بالسكوت كلاهما تعبير بطريق الدلالة، فإن الدلالة فى الأول أقوى حيث تستفاد من فعل معين ولذا فهى تصلح للإيجاب والقبول وتسمى دلالة فعلية. أما فى الثاني ـ أى السكوت ـ فإن الدلالة فيه دلالة حالية أو كما يطلق بعض أساتذتنا تعبير لسان الحال[2]؛ لأنها تعتمد فى اعتبارها على حال الساكت، والظروف المحيطة به وبمحل السكوت.

أى إنهما متفقان ـ من حيث الأصل فى أن الإرادة تستخلص معهما " دلالة " لا تصريحا ولكنهما مختلفان فى طبيعتهما كما سبق أن ذكرنا.

---

(١) انظر فى التفرقة بين التعبير الضمني والسكوت على سبيل المثال : د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٢٢١، د/ عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام جـ٢ ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص١٧٢، أ / على أبو المجد ـ أحكام النقض على مواد القانون المدني فى ربع قرن ـ مرجع سابق ص٩٨، د/ عبد المجيد الحكيم الوسيط فى نظرية العقد ـ مرجع سابق ص ١٤٩، د/ عبد المنعم البدراوي ـ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري ـ جـ ١ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص١٧٥، د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ـ العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصري والإنجليزي المقارن ـ مرجع سابق ص ٧٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ مرجع سابق ـ ص ٩٩، د/ سليمان مرقس ـ الوافي فى شرح القانون المدني ـ المجلد الأول ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ مرجع سابق ص ١٤٢، د/ عبد الودود يحي ـ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ـ المصادر ـ الأحكام ـ الإثبات ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ص٤٢ د/ أنور سلطان ـ الموجز فى مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٦٣، د/ ثروت فتحي إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص٨٧، د/ نزيه محمد الصادق المهدي محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام ـ مرجع سابق ص٢٥٤، د/ على محي الدين القرة داغي ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ـ ص١١٧٠، د/ محمد جمال عثمان جبريل ـ السكوت فى القانون الإداري ـ مرجع سابق ص ١١.

(٢) د/ مصطفى أحمد الزرقا ـ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد جـ١ المدخل الفقهي العام ص٣٢٨، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ١٥٦، د/ عبد الحميد محمود البعلي ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص ١١٠.

المطلب الرابع

أساس اعتماد التعبير (دلالة)

إن الناظر فى كتب الفقه الإسلامي، وبخاصة فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة يجد أن الفقهاء يعولون فى ذلك كثيراً على العادة والعرف، وقد رأينا – فيما سبق – كثيراً من النصوص الفقهية التى تدل على ذلك .

ولما كان أساس اعتبار الدلالة لدى الفقهاء يتمثل فى العادة والعرف، فإنه يحسن بنا – بداية وقبل الخوض فى بيان ذلك – أن نبين – أولاً – مقصود الفقهاء بكل من العادة والعرف .

أولا: المقصود بالعادة والعرف :

أما العادة فهى فى اللغة : الديدن : أى الدأب والاستمرار على الشئ، وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها. أى يرجع إليها، واعتاد الإنسان الشئ وتعود عليه أى صار عادة له، وهى تجمع على عادات وعوائد[1].

وفى الاصطلاح، وردت تعريفات كثيرة للعادة كلها بالمعنى نفسه تقريباً، وهى فى مجموعها تتفق مع معناها اللغوي. فقد عرفها بعض العلماء بأنها : " غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها " [2]. كما عرفها البعض بأنها : " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية "[3]. وعرفها البعض بأنها : " عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة " [4]. وعرفها البعض بأنها: " هى ما استمر الناس عليه على حكم المعقول ، وعادوا إليه مرة بعد أخرى " [5].

---

(١) ابن منظور – لسان العرب – مرجع سابق جـ٤ ص ٣١١، الرازي – مختار الصحاح – مرجع سابق – ص ٤٦١.

(٢) ابن فرحون – تبصرة الحكام – مرجع سابق – جـ٢ ص ٥٧.

(٣) ابن أمير الحاج – التقرير والتحبير – مرجع سابق جـ١ ص٢٨٢، د/ أحمد محمد الحصري – القواعد الكلية للفقه الإسلامي – ص ٢٤٦.

(٤) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – مرجع سابق ص٩١، الحموي – غمز عيون البصائر – شرح كتاب الأشباه والنظائر – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ ص ٢٩٦، هذا التعريف ما ورد فى شرح المجلة من أن العادة هى : عبارة عما استقر فى النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة ، سليم رستم – شرح المجلة – مرجع سابق ص ٣٤ – وأيضاً على حيدر – درر الحكام – مرجع سابق جـ١ ص ٤٠.

(٥) الجرجاني – التعريفات – مرجع سابق ص ١٨٨.

فالعادة ــ طبقا لهذه التعريفات ــ تكرر أمر من الأمور ــ قولا أو فعلا [1]ــ أى حصوله مرة بعد مرة، إذ لا تحصل العادة بحصولها مرة من غير تكرار واستمرار. سواء أكان هذا القول أم الفعل المتكرر صادرا من الفرد أو من الجماعة . والعادة القولية منها : أن يعتاد قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى. كالدابة على الحمار، والدرهم على النقد[2]. والعادة العملية كاعتياد الناس ختان الذكور والإناث ، ومنه جريان البيع بالتعاطي ، واعتياد الناس عليه بمعنى وقوعه وقوعا مستمرا متكررا.

والعادة قد يكون مصدرها أمرا طبيعيا، كحرارة بعض المناطق وبرودتها اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ، وإبطائه، وطبيعة الأرض التى تقتضي غلبة نوع من الأموال فى الإقليم وصناعة أهله. وقد يكون مصدرها العقل. وتلقى الطباع له بالقبول[3]. وقد يكون مصدرها الأهواء والشهوات كالتقاعد عن الخيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل[4].

وأما العرف فهو فى اللغة يطلق ويراد به معان كثيرة أهمها : أن العرف ضد النكر يقال : أولاه عرفا أى معروفا. والعرف أيضا الإسم من الاعتراف والعرف والمعروف ، والعارفة واحد وهو كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس[5].

وفى اصطلاح الفقهاء فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: " ما استقر فى النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[6].

---

(١) يلاحظ أن بعض العلماء قصر العادة على الفعل والعمل فقط وهو قصر لا معني له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة فى الأقوال والأفعال معا. انظر : ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير مرجع سابق جــ١ص٢٨٢د/ أحمد فهمي أبو سنة-العرف والعادة فى رأى الفقهاء-مرجع سابق ص١١.

(٢) ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جــ١ ص٢٨٢.

(٣) خلافا لمن يحدد العادة بأنها لا تعتمد على العقل كما فى التقرير والتحبير والذى عرفها بأنها : " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية " ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جــ١ ص٢٨٢.

(٤) انظر فى ذلك : د/ أحمد فهمي أبو سنة ــ العرف والعادة فى رأى الفقهاء ــ مرجع سابق ص ١٠.

(٥) الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص ٤٢٦ ، القرطبي الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق المجلد الرابع جــ ٧ ص ٣١٠.

(٦) هذا التعريف منقول عن الإمام الغزالى مشار إليه عند د/ أحمد فهمى أبوسنة ــ العرف والعادة فى رأى الفقهاء ــ مرجع سابق ص٨ ، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء مرجع سابق ص٤٢٦.

وعرفه البعض بأنه: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[1].

وبالنظر إلى هذين التعريفين نلحظ التقارب الكبير بين العرف والعادة، لكن لو دققنا النظر لوجدنا : أن تعريف العادة الذى يقترب من هذين التعريفين لم يرد فيه إشارة إلى دور العقل بالنسبة للعادة. فلو راجعنا تعريف " ابن نجيم " الذى يقول فيه إن العادة هى ما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السليمة لعلمنا أنه لا يتحتم أن تكون العادة مصدرها العقل ــ لأنه ليس المصدر الوحيد لها ــ بل إن بعض العلماء قصد ذلك فى تعريفه للعادة، إذ عرفها بأنها : " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية". أما فى هذين التعريفين رأينا التركيز على مصدر العرف وهو العقل. وهذا الفرق الدقيق غير واضح فى كثير من التعريفات، سواء للعرف أو للعادة، وهذا يقودنا إلى نقطة مهمة تتعلق بهذا الأمر وهى العلاقة أو النسبة بين العرف والعادة، وهل هما مترادفان أو متغايران. ولكن قبل بيان ذلك . نذكر أن العرف ــ من خلال تعريفه اصطلاحا ــ هو الأمر الذى يستقر فى النفوس، سواء أكان هذا الأمر قولا أم فعلا. والذى يكون دائما مصدره العقل، وهذا يعنى أن الجماعة ألفته فى حياتها وفى سلوكها واستمروا عليه مدة طويلة حتى أصبح مستقرا فى ضمائرهم ، لما وجدوه فيه من تحقيق لمصالحهم وهو قد يكون عاما ــ أو خاصا إلا أنه لا يكون فرديا[2]. ذلك لأن العرف يعتاده جمهور الناس، ويتضح أيضا من خلال تعريف العرف أنه يقوم على ركنين هما: التكرار والاضطراد ، والشعور بالإلزام[3].

العلاقة بين العرف والعادة:

يرى بعض العلماء أن العرف والعادة متغايران وليسا بمعنى واحد، فالعادة أعم من العرف وهو جزء منها، ذلك أن العادة قد تكون جماعية، وقد تكون فردية شخصية.

---

(١) الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص١٩٣.

(٢) د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ص٤٢٧ ، راجع فى ذلك بشئ من التفصيل الشيخ عبد الوهاب خلاف ــ مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ــ مرجع سابق ص١٤٥ د/ أحمد فهمى أبو سنة ــ العرف والعادة فى عرف الفقهاء ــ مرجع سابق ص٨، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص٢٥٢، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى مرجع سابق ص١٥٨، د/ رمضان الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٢٣.

(٣) انظر د/ محمد كمال إمام ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٤٨.

يقال هذه عاداتنا إذا كانت عادة للجماعة ـ قولية أو فعلية ـ ويقال هذه عادتي إذا كانت للفرد. وذلك حين يفعل فعلا من الأفعال ويتكرر منه بحيث يصبح اتيانه سهلا عليه ويشق عليه تركه. أما العرف فلا يصدق إلا على ما اعتاده جمهور الناس وألفوه[1] هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن العرف لابد أن يكون مصدره العقل، بخلاف العادة، إذ قد يكون مصدرها العقل، أو الطبيعة، أو الهوى والشهوة، كما بينا سابقا.

كما أن بعض العلماء يقصر العادة على نوع معين فقط، وهي العادة العملية فلا تتناول القول. فقد جاء في التقرير والتحبير بعد أن عرف العادة بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية ". ذكر أن المراد العرف العملي"[2]. وقد سبق أن ذكرنا أن هذا القصر ليس له معنى، فالعادة تكون قولية وعملية.

ويرى جمهور العلماء أن العرف والعادة مترادفان ولا فرق بينهما ولذلك، فهم يعرفون العرف والعادة ويستعملونهما بنفس المعنى، حتى إن ابن نجيم ـ رحمه الله بعد أن عرف العادة بأنها : " ما يستقر في النفس من الأمور المتكررة .." ذكر أنها أنواع ثلاثة: العرفية العامة، كوضع القدم، والعرفية الخاصة، كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاه ، والفرق والجمع والنقض للنظار، والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج، حيث تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية[3]. فهذا يوضح تماما عدم التفرقة بين العرف والعادة، وهذا ما عليه أغلب الفقهاء، حيث لا يتعرضون للتفرقة بين العرف والعادة. لا من حيث المقصود بينهما، ولا من حيث شروطهما إلى غير ذلك مما يتعلق بهما ـ على نحو ما سنبينه بعد ذلك. بل إن الكثير يصرح بأنهما بمعنى واحد[4].

---

(١) انظر في ذلك د/ أحمد فهمي أبو سنة ـ العرف والعادة في رأى الفقهاء ـ مرجع سابق ـ ص١٠ د/أحمد محمد الحصري ـ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص٢٤٧ د/ أحمد فراج حسين ـ أصول الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص١٥٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ أصول الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص١٢٣.

(٢) ابن أمير الحاج التقرير والتحبير ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٢٨٢، د/ أحمد فهمي أبو سنة ـ العرف والعادة ـ مرجع سابق ص١١.

(٣) راجع ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ص٩٣، الحموي ـ غمز عيون البصائر شرح كتب الأشباه والنظائر. مرجع سابق ص٢٩٦.

(٤) سليم رستم ـ شرح المجلة ـ مرجع سابق ص٣٥، على حيدر ـ درر الحكام بشرح مجلة الأحكام مرجع سابق جـ١ ص٤٠ ـ انظر في هذا الاتجاه على سبيل المثال، عبد الوهاب خلاف ـ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ـ مرجع سابق ص١٤٥، د/ صبحي محمصاني ـ فلسفة التشريع في الإسلام ـ مرجع سابق ص٢٤٠، د/ محمد سلام مدكور ـ نظرية الإباحة ـ مرجع سابق ص٤٢٧؛ =

والواقع ، أننا لو أمعنا النظر في هذا الأمر لوجدنا أن كلا الاتجاهين صحيح فالعرف والعادة يختلفان من حيث المصدر – كما ذكرنا – على أساس أن العادة قد يكون مصدرها الجماعة أو الفرد، أما العرف فلا يصدر إلا عن الجماعة. وأيضا أن العادة قد تصدر عن العقل وغيره أما العرف فلا بد أن يصدر عن العقل. وهذا يعنى أن بينهما عموما وخصوصا ، وأن العادة أعم من العرف من جهة المصدر فهما متغايران من هذه الناحية. إلا أن ذلك لا يعنى اختلافهما من حيث الأثر كذلك . فهما وإن كانا يختلفان من جهة المصدر، فإنهما يتفقان من حيث ما يترتب عليهما من آثار ولعل هذا هو ما جعل الفقهاء يستخدمون اصطلاحى العرف والعادة بمعنى واحد وسوف يتضح ذلك من خلال النصوص الفقهية التى تبين اعتماد الفقهاء عليهما فى بناء الأحكام الشرعية، ومن خلال صياغة بعض القواعد الفقهية ذات الصلة بهذا الشأن(١).

وبناء على ما تقدم ، سوف نستخدم الاصطلاحين – العرف والعادة – بوصفهما مترادفين،لأنهما كذلك من حيث الأثر وهو ما يعنينا فى هذا المقام(٢).

== وما بعدها ، د/ عبد الكريم زيدان – الوجيز فى أصول الفقه – مرجع سابق ص٢٥٢، د/ محمد كمال إمام – أصول الفقه الإسلامى – مرجع سابق ص١٨٣، د/ محمد سراج أصول الفقه الإسلامى – مرجع سابق ص٢٣٣، د/ عبد الحليم القونى – حسن النية وأثره فى التصرفات. مرجع سابق ص٤٠٢ وما بعدها.، د/عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامى – مرجع سابق – ص٤٤٤، د/ على الندوى القواعد الفقهية– مرجع سابق ص٦٥.

(١) انظر فى عرض هذه النقطة – العلاقة بين العرف والعادة – د/ أحمد أبو سنة – العرف والعادة – مرجع سابق ص١٣، د/ أحمد محمد الحصرى – القواعد الكلية للفقه الإسلامى ص٢٤٧، د/ أحمد فراج – أصول الفقه الإسلامى – مرجع سابق ص١٥٨ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى – أصول الفقه الإسلامى- مرجع سابق ص١٢٣، د/ محمود العكازى – شرح القواعد الفقهية – مرجع سابق ص١٦٩.

(٢) تجدرالإشارة هنا إلى أنه إذا كان العرف والعادة فى الفقه الإسلامى يرتبان نفس الأثر فى بناء الأحكام الشرعية، فإنهما فى القانون الوضعى مختلفان تماما. فالعرف هو: " مجموعة القواعد القانونية التى تنشأ من اعتياد الناس على نوع معين من السلوك مع اعتقادهم بأنه ملزم قانونا" أما العادة فهى: " عبارة عن الاعتياد على إتيان نوع معين من السلوك دون الشعور بأنه ملزم ". فالعرف له ركنان. مادى وهو الاعتياد، ومعنوى وهو الشعور بالإلزام . أما العادة فليس لها إلا ركن واحد وهو الاعتياد وليس بها إلزام قانونى بل أن الجزاء على مخالفتها يقتصر على جزاء أدبى وهو استنكار الناس ولذلك فالعرف مصدر من مصادر القانون والقاعدة القانونية العرفية ملزمة. أما العادة فليست ملزمة فى الأصل إلا أنها تكون كذلك بالاتفاق الصريح أو الضمنى. فالعرف والعادة فى القانون الوضعى مختلفان. راجع فى ذلك د/محمد على عمران ، د/ حسين النورى – مبادئ العلوم القانونية – مرجع سابق ص١٠٩ وما بعدها. د/ عبد المنعم فرج الصدة – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية – مرجع سابق ص٤١، د/ عبد الرازق حسن فرج – المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون مطبعة الفجر الجديد سنة ١٩٨٣م ص١٠٥ وما بعدها. د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمد محمود –==

ثانيا:أثر العرف والعادة على التعبير دلالة :

انتهينا فيما سبق إلى أن العرف والعادة يستخدمان فى إطار الفقه الإسلامى بمعنى واحد، وهنا نريد أن نبين أثرهما فى اعتماد الفقهاء للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة ودليلهم فى ذلك:

وفى صدد اعتبار الفقهاء للعرف والعادة فى مجال التعبير " دلالة " أورد الفقهاء نصوصا فقهية كثيرة تؤكد اعتمادهم عليهما فى هذا المجال، كاعتمادهم عليهما فى غير ذلك من مسائل الفقه الإسلامى.

من هذه النصوص على سبيل المثال : " أن ما عده الناس بيعا فهو بيع"[(١)] ، "كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة ، وعدوه بيعا فهو بيع، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطلة لا يكون بيعا "[(٢)] ، ".. إن الله تعالى أحل البيع ... ولم يثبت فى الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف"[(٣)] ، " إن كل ما هو متناول اسم البيع عرفا ودخل فى المبيع، وإن لم يذكر صريحا"[(٤)] ، " .. لأن الفعل يدل على الرضا عرفا"[(٥)] ، ".. إن الدلالة على الرضا يكفى فيها الفعل، لأنه يدل على الرضا فى كثير من الأمور دلالة عرفية"[(٦)] ومنها أيضا : " ... ودخلت فيه الدلالة المطابقية كبعت واشتريت.. والعرفية كالمعاطاة[(٧)] إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التى تدل على اعتبار الفقهاء للعرف والعادة فى استخلاص الإرادة، لا من اللفظ فحسب، وإنما أيضا من أى فعل يصدر من الشخص فى مقام التعبير عن الإرادة بصورها أو فى مجالاتها المتعددة، حيث يستدل

== المبادئ الأساسية فى القانون ــ مرجع سابق ص٨٣ وما بعدها. د/ عصام أنور سليم ــ أسس الثقافة القانونية للتجاريين سنة ٢٠٠١م ص٩٧، د/ ثروت أنيس الأسيوطى ــ المرجع السابق ص١٨٧.

(١) النووى ــ المجموع ــ مرجع سابق جـ٩ ص١٤٩.

(٢)،(٣) ابن خطيب الدهشة مختصر من قواعد العلائى وكلام الإسنوى ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٢٥٣، ومثل ذلك أيضا : " ويكفى فى المحقر... وهو ما اعتاده الناس" العنسى ــ التاج المذهب لأحكام المذهب ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣١٤، وأيضا فى حد المحقرات.. وأحالها آخرون إلى العرف الكركى جامع المقاصد ــ مرجع سابق جـ٤ ص٥٩ وأيضا " أنه ينعقد بالتعاطى فى الأشياء الخسيسة فيما جرت به العادة ولا ينعقد فيما لم تجرى به العادة، ابن مودود الموصلى الاختيار لتعليل المختار ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٤، الزيلعى ــ تبيين الحقائق جـ٤ ص٤.

(٤) البابرتي ــ شرح العناية على الهداية ــ بهامش فتح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص ٩٧.

(٥)،(٦) الحطاب ــ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ ص٢٢٨، ص٢٢٩.

(٧) الخرشي ــ شرح الخرشي على مختصر الجليل ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٦١.

على إرادته بدلالة الفعل فى التعاقد بالمعاطاة، وفى غيرها من طرق التعبير "دلالة" على نحو ما بينا سابقا. واعتبار الفقهاء للعرف والعادة ليس مقصورا على مجال التعبير عن الإرادة فقط، وإنما هو أصل كذلك فى مسائل كثيرة من مسائل الفقه الإسلامى.

وفى هذا: يقول الإمام ابن نجيم : "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه الفقه فى مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا فى الأصول فى باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"[1].

ويقول الإمام السيوطى: " واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه الفقه فى مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ ... وفى المعاطاة على ما اختاره النووى"[2].

ويقول الإمام الشاطبى: " العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا كانت شرعية فى أصلها أو غير شرعية ، أى سواء أكانت مقررة بالدليل شرعا أم لا"[3]. والعوائد جمع عادة.

وهكذا ، يتضح منهج الفقهاء فى اعتبارهم للعرف والعادة أصلا من أصول التشريع، وبناء الأحكام، كما يتضح أيضا استخدامهم اصطلاحى العرف والعادة بوصفهما مترادفين.

ثالثا: دليل اعتبار العرف والعادة:

علمنا فيما سبق أن للفقهاء اعتبروا العرف والعادة فى مجال التعبير عن الإرادة. أما عن دليلهم فى ذلك أى أصل هذا الاعتبار، فهو يكمن فى القاعدة الفقهية الكبرى[4]:

---

(١) انظر ابن نجيم–الأشباه والنظائر–مرجع سابق ص٩٣،وذكر الإمام ابن نجيم فى هذا الصدد اختلف العلماء فى عطف العادة على الاستعمال فقيل: هما مترادفان وقيل المراد من الاستعمال: نقل اللفظ عن موضوعه الأصلى إلى معناه المجازى شرعا وغلبة الاستعمال فيه أو من العادة نقله إلى معناه المجازى عرفا".

(٢) السيوطى– الأشباه والنظائر– مرجع سابق ص٩٩،السبكى–الأشباه والنظائر–مرجع سابق جـ١ ص٥٠.

(٣) الشاطبى ــ الموافقات ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٧٣.

(٤) ومعنى قاعدة كبرى أى قاعدة من القواعد التى تعتبر أمهات القواعد ومبانى الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية وذلك مثل قاعدة : الأمور بمقاصدها، وقاعدة: لاضرر ولا ضرار ، وقاعدة: اليقين لا يزول بالشك أو لا يزال بالشك، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير، والقاعدة التى معنا: العادة محكمة. انظر فى ذلك: السبكى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص١٢ وما بعدها، السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨ ، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥، د/ على ==

" العادة محكمة". ومعنى هذه القاعدة أن العادة عامة كانت أو خاصة[1]، تكون مرجعا لإثبات حكم شرعي، مالم ينص على خلافه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد وكان عاما فإن العادة تعتبر دليلا تبنى عليه الأحكام الشرعية فالعادة محكمة من الأمور التي تتكرر عادة؛ لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا تتعارض مع نصوص الشريعة ومقاصدها[2].

وأصل هذه القاعدة الفقهية حسبما ورد في كتب القواعد الفقهية ما روي أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[3].

==الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٢٩٣ ، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٢ ، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٤٦.

(١) يقول الإمام الشاطبي في ذلك: العوائد ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود. أحدهما: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال كالأكل والشرب والفرح والحزن...، والثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال كهيئات اللباس والمسكن ــ انظر الشاطبي ــ الموافقات ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٨٣ وعلى ذلك فالعادة العامة أو العرف العام ما يكون متعارف عليه في سائر البلاد والأزمان. أما الخاصة فهي التي تعرف عند قوم أو في بلد أو عند فئة معينة وتسمى العرف الخاص انظر سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ــ ص٣٥، علي حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٠، محمد الحسين آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ص٣١.

(٢) الشاطبي ــ الموافقات ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٧٣ وسليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٣٤ (م٣٦) ، محمد الحسين آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ــ مرجع سابق ــ ص٣١، د/ حسنين محمود حسنين ــ العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ دار القلم ــ الإمارات دبي ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ ص١٦٠، د/ علي الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٢٩٣ ، انظر د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٦، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٤٤، د/ محمود العكازي ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٢٩٣ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٥٢، ابن نجيم الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩٣، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩٩، السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٠ ، د/حسنين محمود حسنين العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ص١٦٠. وقد جاء في هذه المصادر قال العلائي : ولم أجده أي الحديث ــ المستدل به مرفوعا في شئ من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة السؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود، موقوفا عليه ــ وقد استدل بعض العلماء بهذه القاعدة من القرآن الكريم بقوله تعالى " ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى" النساء ١١٥. انظر د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٤٥ وقد ذكر بعض العلماء أيضا أن هناك آيات قرآنية كريمة كثيرة فيها التلميح بهذه القاعدة المشهورة الأساسية منها قوله تعالى " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" ==

فهذا دليل على اعتبار العادة والعرف فى تشريع الأحكام عامة، وفى اعتماد التعبير عن الإرادة ــ وهو موضوعنا ــ خاصة، وهذا يعنى: أن العادة حكمها الشارع وهو تحكيم يستمد قوته الملزمة من الشرع[1].إذا هذه القاعدة يصح الاعتماد عليها واعتبارها حجة لأنها تستند إلى نص شرعي.

وقد نقل بعض العلماء أن تحكيم العادة من الأمور الشرعية هو إجماع الفقهاء المبنى على سابقات قضائية إسلامية[2] ، وقواعد فقهية غير تلك القاعدة، ذات الصلة بها وتؤدى المعنى نفسه فى الاعتراف للعادة والعرف. بحجية فى مجال التعبير عن الإرادة[3].

ومن أهم القواعد التى تدل على ذلك أيضا ما نقل عن الإمام الكرخى: "الأصل أن للحالة من الدلالة ما للمقالة"[4].

=البقرة ٢٢٨، وقوله تعالى " **وعاشروهن بالمعروف**" النساء١٩، إلى غير ذلك من الآيات التى ترشد إليها حسن المعاملة وأداء الحقوق بالمعروف والمعتاد الذى ترتضيه العقول وتطمئن إليه القلوب ولا شك أن ذلك متغير حسب الأحوال . راجع فى ذلك تفصيلا د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٢٩٣ ومابعدها. كما استدل العلماء لهذه القاعدة بالمعقول وذلك لأن العادات لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف مالا يطاق وهو غير جائز وغير واقع وتحويل الناس عن عاداتهم فيه حرج عظيم ورفعة من المبادئ الكلية فى الشريعة فالعقل يثبت العرف اعتبارا للواقع فمن غير المعقول أن تتناقض القواعد العامة عن تطبيقها على الحياة العملية للمكلفين . انظر فى ذلك الشاطبى ــ الموافقات ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٧٥، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ــ مرجع سابق ص٤٢٦ د/محمد كمال إمام ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٩٠.

(١) انظر د/ حسنين محمود حسنين ــ العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص١٦٠.

(٢) د/ صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٤٠، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٦.

(٣) من هذه القواعد المندرجة تحت قاعدة : " العادة محكمة" وتؤدى معناها قاعدة: " المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم" قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص قاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل بها، قاعدة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، قاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة، وقاعدة: الكتاب كالخطاب، وقاعدة: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان. وقاعدة: لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان أو الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها.

انظر فى ذلك: د/ صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ــ ص٢٤١ د/على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٦٥، ص١٩٥، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٥٨ وما بعدها ، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٦ وما بعدها ، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى مرجع سابق ص٢٢١، د/ رمضان الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٢٨.

(٤) د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٦٣.

وتعنى هذه القاعدة ــ بإيجاز ــ أن حالة الشخص فى موقف ما قد تكشف عن إرادته، كما تكشف عنها أقواله، ولاشك أن اساس ذلك أيضا العادة والعرف[1].

ومثل ذلك أيضا ما ذكره الإمام عز الدين بن عبد السلام فى : " فصل فى تنزيل الدلالة العادية منزلة الدلالة اللفظية". أو : " فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال". وساق لذلك أمثلة كثيرة تعد الدلالة فيها بمنزلة الأقوال"[2].

نخلص مما سبق إلى أن الفقهاء اعتمدوا على العرف والعادة فى استخلاص الإرادة من خلال فعل، أو وضع إيجابى، كالتبادل الفعلى، أو غيره من الأفعال التى تستشف منها الإرادة إزاء عقد من العقود، أو تصرف من التصرفات، على نحو ما بينا من خلال ما عرضنا من صور للتعبير عن الإرادة بطريق الدلالة، وذلك بناء على قاعدة : " العادة محكمة " وما يندرج تحتها ويتفرع عنها من قواعد ذكرناها فى الحاشية(٣). نظرا لعدم اتساع المقام لذكرها، اكتفاء بما يعنينا فى هذا المقام من أن العادة والعرف يقومان مقام اللفظ والنطق فى الدلالة على الإرادة فى عقد أو إذن أو منع أو التزام.. أو ما إلى ذلك حيث يستغنى عن اللفظ فى هذه الأمور بالعادات الجارية بين الناس دالة على شئ ما، إذ إنها تجرى مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها فى اعتبار الشارع[3]. وفى ذلك يقول ابن عابدين رحمه الله : " إن البناء على العادة الظاهرة واجب "[4].

---

(١) ذكر الدكتور على الندوى تفريعا على هذه القاعدة وهو " أن من أودع رجلا مالا ، فدفعه إلى من هو فى عياله فهلك عنده لم يضمن، وإن لم يصرح له بالإذن بالدفع إلى غيره لأنه لما أودعه مع علمه بأنه لا يمكنه أن يحفظه بيده آناء الليل وأطراف النهار كان ذلك إذنا منه دلالة أن يحفظه لما يحفظ مال نفسه وكان ذلك كالإذن به صريحا"

انظر فى ذلك د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص١٦٣.

(٢) انظر : الإمام عز الدين بن عبد السلام ــ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ــ مرجع سابق ــ ص١٢٦، والقواعد الصغرى المسمى : " الفوائد فى مختصر القواعد " ــ مرجع سابق ص١٠٣، ومن الأمثلة المسوقة لذلك فى هذين الصددين: حمل الأجور والأثمان على أجرة المثل، وثمن المثل ونقود البلدان، وحمل الإذن فى الأنكحة على الكفء، ومهر المثل، والاستصناع ، وتقديم الطعام إلى الضيفان.. فى كل تلك الأمثلة يستدل على الإرادة بدلالة العادات والأعراف لا باللفظ. وفى مثل ذلك أيضا انظر: ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ــ ص١٩.

(٣) انظر د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٩.

(٤) مشار إليه فى كتاب د/ محمود العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ المرجع السابق ص١٧٤.

وتجدر الإشارة إلى أن اعتبار العرف والعادة على النحو السابق مشروط بما اشترطه الفقهاء لذلك، من ضرورة أن تكون العادة أو العرف من الأمور المتكررة الشائعة، وفي ذلك كانت القاعدة الفقهية : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[1] وقد قررتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١) منها. ومعنى الاطراد الاستمرار وعدم التخلف، أو إن تخلفت أحيانا فلا تتخلف على الأكثر.

كما يشترط أن تكون شائعة لا نادرة، ومعنى ذلك ان تكون العادة او يكون العرف من الأمور المستفيضة الشائعة بين الناس. وفي ذلك أيضا كانت القاعدة : "العبرة للغالب الشائع لا للنادر "[2].

كما يشترط أيضا أن يكون العرف سابقا أو مقارنا لا متأخرا، أى إن يكون العرف موجودا وقت وجود المعاملة أو التصرف الذى يحتج بالعرف على أساسه. فالعرف أو العادة الطارئة بعدها لا عبرة له، وفي ذلك قال الفقهاء: إن العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولا عبرة للعرف الطارئ[3].

كما يشترط قبل كل ذلك ألا تتعارض العادة أو العرف مع نص شرعى أو اتفاق للمتعاقدين ؛ لأنه لا عبرة للعرف أو العادة في مقابلة النص الشرعى أو إتفاق

---

(١) انظر: السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٠١، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩٩، درر الحكام ــ مرجع سابق جـ١ م(٤١) ،سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ــ م(٤١) ص٣٧ ، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٦١، د/ أحمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٥٣ ، د/ صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٤٢، د/ محمود العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص١٧٢.

(٢) انظر: سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق م(٤٢) ص٣٧، على حيدر ــ درر الحكام ــ مرجع سابق جـ١م(٤٢) ص٤٥، صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٤٢ د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص٢٥٠، د/ رمضان الشرنباصى أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٢٩، د/ محمد سراج ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٣٤.

(٣) انظر ــ ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٠١ السيوطي ــ الأشباه والنظائر مرجع سابق ــ ص١٠٦ ،سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٣٧، د/ أحمد فهمى أبو سنة. العرف والعادة ــ مرجع سابق ص٦٥، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٢٥٦، د/ رمضان الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٣٠، د/ صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٤٢، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٧٩.

المتعاقدين، والعرف المخالف للنص الشرعى يسمى بالعرف الفاسد، وهو ما يتعارفه الناس مما هو مخالف للشرع أو يجلب ضررا أو يفوت مصلحة كتعارفهم بعض العقود الربوية، أو بعض العادات المستنكرة، أى إنه يشترط أن يكون العرف الذى تحمل عليه التصرفات عرفا صحيحا لا فاسدا وهو مالا يتعارض مع نص شرعى. وكذا لا يخالف نصا أو شرطا من المتعاقدين[١].

فإذا توافرت تلك الشروط فى العرف والعادة يعمل بهما فى كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه، ولا فى اللغة[٢]. وقد رأينا فيما سبق عند الكلام عن المعاطاة. ذكرنا أن المجيزين للمعاطاة يستدلون بأن الله تعالى أحل البيع، ولم يحدد له لفظا فوجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة[٣].وأما المانعون من الاعتداد بالمعاطاة فيقولون إن الرضا الذى تحل به الأموال رضا خاص وهو الذى يتضمنه الإيجاب والقبول[٤].

---

(١) انظر: على حيدر ـ درر الحكام ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٤٠، عبد الوهاب خلاف ـ مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ـ مرجع سابق ص١٤٦، د/ أحمد فهمى أبو سنة ـ العرف والعادة ـ مرجع سابق ص٦١، د/ صبحى محمصانى ـ فلسفة التشريع فى الإسلام ـ مرجع سابق ص٢٤٢ د/ محمد سلام مدكور ـ نظرية الإباحة ـ مرجع سابق ص٤٢٨، د/ أحمد الحصرى ـ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٢٥٣، د/ عبد الكريم زيدان ـ الوجيز فى أصول الفقه ـ مرجع سابق ص٢٥٦، د/ رمضان الشرنباصى ـ أصول الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص١٣٠، د/ محمد سراج أصول الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٢٣٤، د/ عبد الحليم القونى ـ حسن النية واثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص٤٠٦، د/ محمد كمال إمام ـ أصول الفقه ـ مرجع سابق ـ ص١٨٥.

جاء فى درر الحكام: فى أن النص أقوى من العادة " وضع الطعام أمام الضيف بحكم العرف والعادة إذن له أن يتناول من ذلك الطعام إلا أن صاحب البيت إذا منع الضيوف من تناول الطعام فقد صدر منه نص ـ بخلاف العرف والعادة ويكون على الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة ". انظر: على حيدر ـ درر الحكام جـ١ ص٤٠.

(٢) السبكى ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٥١، الإسنوى ـ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص٢٢٤، ابن خطيب الدهشة ـ مختصر من قواعد العلائى وكلام الإسنوى مرجع سابق جـ١ ص٢٥٣، السيوطى ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ص١٠٩، د/ على الندوى القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ـ ص٣٠١،٣٠٢.

(٣) راجع ما سبق فى المعاطاة.

(٤) راجع:الزنجانى-تخريج الفروع على الأصول-مرجع سابق ـ ص٤٣ وراجع أيضا ما سبق فى المعاطاة.

السكوت والإذعان:

بقيت مسألة ذات صلة بما نحن فيه ــ التمييز بين السكوت وما يشتبه به ــ وهى مسألة القبول فى عقود " الإذعان[1] والجامع بين السكوت وتلك العقود هو ذلك القاسم المشترك بينهما. فالسكوت موقف سلبى بحت ، والإذعان خضوع دون مجادلة ومن هنا فإن سلبية الموجه إليه الإيجاب هى الصفة المشتركة بين من التزم السكوت عندما وجه إليه الإيجاب، ومن أذعن لمثل هذا الإيجاب دون مناقشة منه للموجب.

إضافة إلى ذلك، أنه قد ثار الخلاف من زمن حول مدى عد كل منهما قبولا، أى إن طبيعتهما القانونية لم تتحدد تحديدا قاطعا وحاسما واختلف الرأى بشأنها[2].

---

(١) وعقد الإذعان: هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو فعلى، أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها " أو هو التصرف الذى يبين به أحد طرفى التعاقد والذى يعلم أن الطرف الآخر يقصد التعامل طبقا لبنود المشارطة. قصده بالخضوع لهذا الاتفاق طبقا لبنوده ". وفكرة عقد الإذعان فى فقه القانون الوضعى لم تظهر إلا فى عهد قريب . كثمرة للتطورات الاقتصادية الحديثة وما صاحبها فى قيام مشروعات كبيرة تقوم على تقديم السلع والخدمات الضرورية للجمهور كما هو الحال فى شركات التأمين والبنوك والنقل البحرى أو الجوي إضافة إلى عقود ومؤسسات الماء والكهرباء والهاتف حيث تلجأ هذه المشروعات إلى إعداد عقود نموذجية سلفا لتطبيقها على جميع المتعاملين معها دون أن يكون لهم مناقشة شروطها وسميت بعقود الإذعان نظرا لأن أحد المتعاقدين فيها يذعن للشروط التى يمليها عليه المتعاقد الآخر. وتتميز هذه العقود بأنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين واحتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها وتوجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها. انظر فى التعرف على عقود الإذعان وخصائصها على سبيل المثال أ/ على أبو المجد ــ أحكام النقض على مواد القانون المدنى فى ربع قرن ــ مرجع سابق ص٩٩ وما بعدها.د/ عبد المنعم البدراوى ــ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ــ مرجع سابق ص٧٤، د/عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط فى نظرية العقد ــ جـ١ ــ انعقاد العقد ــ مرجع سابق ص١٥٤ وما بعدها. د/ جميل الشرقاوى-النظرية العامة للالتزام -الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ ص٥٦٠ ، د/ عبد الحميد البعلى ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ص١٢٥ وما بعدها، د/عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص٢٤٦ وما بعدها. د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان مرجع سابق ص١٢٥ وما بعدها د/ يوسف عبد الهادى الإكيابى ــ النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص سنة ١٩٨٩ ص٣٢٢ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٩٥ وما بعدها ــ ولسيادته أيضا ــ السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ــ مرجع سابق ص١٠٠ وما بعدها.

(٢) د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ص٦.

إلا أنهما وإن كانا يشتركان فى تلك الحالة السلبية التى يكون عليها القابل،فإنه يمكن القول مع ذلك إنه فى حين يتمثل الإذعان أقصى صور التعبير عن الإرادة بالقبول، حيث يتضمن تسليما غير مشروط بكل ما عرضه الموجب، فإن السكوت على العكس يعد أضعف هذه الصور، بل إنه لا يعد تعبيرا إلا استثناء فهما يقفان " إذا " على طرفى نقيض، فإن من يلتزم الصمت يعلم أن ليس به حاجه إلى اتخاذ أى موقف إيجابى إذ على الطرف الآخر ــ إن أراد العقد ــ أن يثبت أن هذا السكوت يدخل فى إحدى الحالات التى يعد فيها هذا السكوت قبولا، أما المذعن فهو ــ فى الغالب ــ مضطر إلى التعاقد ولذا ، فليس أمامه إلا التسليم دون قيد أو شرط بما يحدده الموجب من شروط[1]. مع ملاحظة أن المذعن لا يلتزم صمتا مطلقا، إذ يمكن عد إقدامه على التعاقد فى حد ذاته قبولا[2] كما أن صمته له دلالة بحكم القانون.

---

(١) د/ محسن البيه ــ المرجع السابق ص٢٢٣، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ص١٥٤. وقد نصت المادة (١٠٠) فى القانون المدنى المصرى على أن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ــ مرجع سابق جـ٢ ص٦٧، د/ عبد الودود يحيى ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ الأحكام والإثبات ــ مرجع سابق ــ ص٤٦، د/ أنور سلطان ــ الموجز فى مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٦٦، د/ عمر السيد أحمد عبد الله ــ إبرام العقود فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى ــ مرجع سابق ص٣١.

(٢) الفقه الإسلامى لم يواجه عقود الإذعان بمفهومها السابق ــ نظرا لارتباطها بظواهر جديدة أفرزتها الاقتصاديات الحديثة ــ غير أن الفقه الإسلامى تكلم بتفصيل واسع عن الاحتكار وتلقى الركبان وبيع الحاضر للبادى وهذه الصور من البيوع تعبر عن جوهر ما يسمى بعقود الإذعان فى القانون الوضعى وفقهه: ثم إن ما تزخر به مثل هذه العقود عادة من شروط تعسفية لا تخلو من تناقض مع أصول الشريعة ومبادئها العامة فعدم مواجهة الفقه الإسلامى لها ليس عن جهل أو نسيان إنما لأنها لا تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ــ انظر د/ عبد الحميد البعلى ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ــ ص١٢٨؛ د/مصطفى الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٦.

الباب الثاني

حكم السكوت

الباب الثاني

حكم السكـــوت

والمقصود بحكم السكوت أمران . الأول : حكمه بمعنى وصفه الشرعي من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة. والثاني حكمه : بمعني الأثـــر المـــترتب عليه، من حيث مدى دلالته على الإرادة فى مجال العقود والتصرفات، وفى غير ذلـــك من المجالات التى تعتمد على الإرادة فى تكوينها، وفى تحديد الآثار المترتبة عليــها، أو التى يكون للإرادة دور فاعل فيها.

وسنتناول حكم السكوت بهذين المعنيين من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول : حكم السكوت بمعني وصفه الشرعي.

الفصل الثاني : حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه .

الفصل الأول

حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي

الفصل الأول

حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي

تمهيد وتقسيم :

نريد في هذا الفصل بيان الوصف الشرعي للسكوت، أى بيان حكمه التكليفـــي[1]، من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة . وذلك بوصفه ــ السكوت ــ

---

(١) الحكم التكليفي : هو أحد نوعي الحكم الشرعي، والحكم الشرعي عند الأصوليين هو : " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع " هذا هو التعريف الذى استقر عليـــه جمـــهور الأصوليين بوصفه مشتملاً على نوعي الحكم الشرعي كما يتضمن عناصر الحكم الشرعي من حاكم وهو الله سبحانه وتعالى، فهو مصدر الأحكام وهو المشرع، ومحكوم عليه وهو المكلف الذى تعلق به خطـــاب الشارع أى من توجه إليه الأحكام ويطالب بتنفيذها، ومحكوم فيه وهو موضوع الحكم الشرعي أى فعـــل المكلف الذى تعلق به الخطاب، ذلك لأن كل حكم شرعي لابد أن يكون متعلقا بفعل من أفعال المكلفيـــن على جهة الطلب ــ الاقتضاء ــ أو التخيير ، أى التسوية بين فعل الشئ وتركه من غير ترجيح لأحدهما على الآخر أو الوضع أى جعل الشئ سبباً لشئ آخر أو شرطاً فيه أو مانعاً منه أو صحيحاً أو فاسداً.

والحكم الشرعي بهذا المعني نوعان عند الأصوليين :

الأول : الحكم التكليفي وهو " خطاب الله تعالى لمقتضى طلب الفعل من المكلف أو تركه أو التخيير بين الفعل والترك " ويسمى بالتكليفلي ؛ لأن الخطاب فيه يتضمن كلفه ونوع مشقة على المكلف.

الثاني: هو الحكم الوضعي " وهو خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشئ سبباً لشئ أو شرطا لـــه أو مانعاً منه أو صحيحا أو فاسداً " وسمى وضعياً لأن الشارع جعل الحكم الوضعي علامة لأحكام تكليفيـــة وجوداً وانتفاءً.

أما الحكم الشرعي عند الفقهاء فهو : " أثر خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً " . فالفقهاء فى تعريفهم للحكم الشرعي ينظرون إلى أثر الخطاب الشـــرعي ومدلولـــه، علـــى خلاف التعريف الأصولي الذى يعرفه بناءاً على مصدره وهو خطاب الشارع، فبينما الأصولي ينظر إلـــى مصدر الخطاب الشرعي فإن الفقيه ينظر إلى نتيجة هذا الخطاب وأثره الذى يترتب عليـــه وهـــو فعـــل المكلف وهذا يعني أن الحكم الشرعي عند الفقهاء أمر حادث لأنه صفـــة يتصـــف بـــها فعـــل المكلـــف كالوجوب، والحرمة ، والإباحة ، والسببية ، والمانعية ، والشرطية . بخلاف الحكم عند الأصوليين فـــهو قديم. مثال على ذلك : إن الله تعالي فى الأزل القديم حرم قتل النفس المعصومة إلا بحق يستوجب ذلـــك فهذا التحريم القديم هو خطاب الله تعالي أى كلامه النفسي الأزلي القديم، وهو الحكم عند الأصوليين فلمـــا نزل قوله تعالى " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق " الإسراء ٣٣. فإذا نظر المجتهد فـــي هـــذا المعني المنزل ففهم حرمة القتل، ووصفه بالحرمة كانت تلك الحرمة التى اتصف بها القتل هى الحكم عند الفقهاء، وفى قوله تعالى " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " البقرة /١١٠. خطاب من الله تعالي فيه طلـــب إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة على سبيل الحتم والإلزام، وأثر هذا الخطاب هو وجوب الصـــلاة ووجـــوب الزكاة وهذا الوجوب هو الحكم عند الفقهاء.

راجع فى تعريف الحكم الشرعي عند الأصوليين والفقهاء على سبيل المثال :

الآمدي ــ الإحكام فى اصول الأحكام ــ مؤسسة الحلبي وشركاه-سنة ١٩٦٧-الجـزء الأول ص٩٠ الغزالي ــ المستصفى ــ المطبعة الأميرية ببولاق ــ الطبعة الأولى سنة١٣٢٢هـ جـ١ ص٥٥، عبـــد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ــ فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ــ مطبوع مـــع كتـــاب==

فعلاً للمكلف [1] يتعلق به خطاب الشارع على جهة الطلب أو التخيير[2]. مع ملاحظة أن السكوت في هذا الصدد ليس مقصوراً على عدم الكلام فحسب، وإنما بوصفه موقفاً سلبياً مجرداً، سواء أكان عن قول أم فعل.

وباستقراء أدلة الشرع نجد أن الأصل في السكوت أنه على الإباحة إلا أنه قد يكون مندوباً إليه، أو مكرهاً ، أو محرماً ، أو واجباً بحسب الأمر المسكوت عنه أي محل السكوت.

=المستصفى المشار إليه جـ١ ص٥٤، الشوكاني ـ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧م ص ٦، العز بن عبد السلام ـ القواعد الصغرى المسمى الفوائد في مختصر القواعد ـ دار الجيل ببيروت ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٤م ص ٩١ ، الغزالي ـ المنخول في تعليقات الأصول ـ تحقيق محمد حسن هيتو بدون تاريخ هامش ص ٢١، البدخشي ـ شرح البدخشي ـ دار الكتب العلمية ببيروت بدون تاريخ جـ١ ص٤١ السبكي ـ الإبهاج في شرح المنهاج ـ مكتبة الكليات الأزهرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م جـ١ ص٤٣، القرافي ـ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ـ مكتبة الكليات الأزهرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٣ ص ٦٧، الرازي ـ المحصول في علم أصول الفقه ـ دار الكتب العلمية ببيروت ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م جـ١ ص ١٥، عبد الوهاب خلاف ـ علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ـ دار القلم سنة ١٩٥٦ م ص ١٠٠، د/ عبد العزيز بن عبد الرحمن بن على الربيعي ـ المانع عند الأصوليين ـ مكتبة المعارف بالرياض ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ م ص ١٥ د. بدران أبو العينين بدران ـ أصول الفقه ـ دار المعارف سنة ١٩٦٩م ص٣٥٩، د. على جمعة محمد ـ الحكم الشرعي عند الأصوليين ـ دار الهداية سنة ١٩٩٣ ص٤٣، د. رمضان على السيد الشرنباصي ـ أصول الفقه الإسلامي سنة٢٠٠٠ ص ٢٥٧، د. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن ـ أصول الفقه ـ دار المسيرة للتوزيع عمان ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م ص ٣٢.

(١) لا وجه للاعتراض بأن السكوت ليس فعلاً حتى يدخل ضمن أفعال المكلفين التى يتعلق بها خطاب الله تعالى، لأن أفعال المكلفين تشمل الأقوال والأفعال وكذلك الاعتقاد، وليس المراد بها ما يقابل القول، ومن ثم يدخل في نطاق الحكم الشرعي ، عمل القلب واللسان والجوارح فهي جميعاً أفعال يتعلق بها خطاب الله تعالى ـ انظر في ذلك ـ ابن أمير الحاج ـ التقرير والتحبير ـ المطبعة الكبرى الأميرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ جـ٢ ص٧٧، عبد العلي الأنصاري ـ فواتح الرحموت ـ مرجع سابق جـ١ ص٥٤، د/ محمد سلام مدكور ـ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ـ دار النهضة العربية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ م ص ١٩، د/ محمد أبو النور زهير ـ أصول الفقه ـ المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٩٩٢ جـ١ ص ٣٨ ، د/ أحمد فراج حسين ـ أصول الفقه الإسلامي ـ دار الهدى للمطبوعات سنة ٢٠٠٠ ص ٣٢٩.

(٢) والمراد بالطلب أى إن خطاب الله يطلب من المكلف فعل شئ أو كفا عن شئ، سواء أكان هذا الطلب على جهة الجزم والحتم كما في الإيجاب والتحريم أم لم يكن كذلك كما في الندب والكراهة.

أما التخيير فمعناه أن المكلف مخير بين فعل الشئ وتركه وهو ما يسمى بالإباحة : راجع ما سبق هامش ص ١.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : الأصل فى السكوت.

المبحث الثاني: السكوت المندوب.

المبحث الثالث : السكوت المكروه.

المبحث الرابع: السكوت المحرم.

المبحث الخامس : السكوت الواجب.

المبحث الأول

الأصل فى السكوت

الأصل[1] فى صفة السكوت الشرعية أنه على الإباحة، أى إنه مباح[2] بمعنى جائز وحلال.

وإباحة السكوت فى الأصل تعني كذلك إباحة الكلام، وذلك بعد السكوت من الأفعال الجبلية ــ الطبيعية ــ كالقيام والقعود، والأكل والشرب فهذه الأشياء ــ كما يقول الإمام الآمدى ــ لا نزاع فى أنها على الإباحة بالنسبة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وإلى أمته أيضا[3].

---

(١) والأصل فى اللغة ما يبنى عليه غيره سواء أكان البناء حسياً كبناء السقف على الجدران، أم معنوياً كبناء الحكم على دليله والمعلول على علته ، وكبناء الأحكام الجزئية على القاعدة الكلية وقيل أصل الشئ لغة: ما منه الشئ ومادته كالوالد للولد والشجرة للغصن . أما فى الاصطلاح : فهو يطلق على عدة معان:

١- الدليل ، يقال الأصل فى المسألة الكتاب والسنة والإجماع أى دليلها.

٢- الراجح من الأقوال والآراء لأن الراجح منها يعد أصلاً بالنظر إلى غيره من الأقوال والآراء المرجوحة.

٣- المقيس عليه، يقال ، الخمر أصل يقاس عليه النبيذ.

٤- القاعدة المستمرة ، كقولهم : إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل.

٥- المستصحب، يقال الأصل براءة الذمة فلا يطالب بالدليل على براءة ذمته لأن سنده الاستصحاب. والمراد منه هنا هو المستصحب فالأصل فى السكوت انه مباح.

انظر فى ذلك : الشوكاني ــ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق فى علم الأصول ــ مرجع سابق ص٣ القرافي ــ نفائس الأصول فى شرح المحصول ــ مرجع سابق ص١٣ ، ابن القاسم العبادي ــ الشرح الكبير على الورقات ــ مرجع سابق ص ١٦٢، البدخشي ــ شرح البدخشي ــ مرجع سابق جـ١ ص١٨، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص ٨، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤.

(٢) الإباحة : المباح عند الأصوليين هو : ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك. انظر الإمام الغزالي ــ المستصفى ــ مرجع سابق جـ١ ص٦٦، القرافي نفائس الأصول فى شرح المحصول ــ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥م ص٢٣٧ ، الشوكاني ــ إرشاد الفحول ــ مرجع سابق ص ٦، الآمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص ١١٥، الشاطبي ــ الموافقات فى أصول الشريعة ــ دار المعرفة بيروت ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦ جـ١ ص٩٥، الباجي ــ الحدود فى الأصول ــ دار الآفاق العربية ــ الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠ ص ٥٥.

(٣) راجع الآمدي ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص١٥٩، د/ محمد سلام مدكور نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ــ مرجع سابق ص ٧٨.

وقد دل على أن السكوت على الإباحة أمران :

الأول : استصحاب الحكم الأصلي للأشياء فى الشرع وهو الإباحة، على معنى أن كل ما في الكون من حيوان ونبات وجماد، وما يجرى في الحياة من عقود وتصرفات مباح شرعاً ومأذون فيه للمكلف، تناولاً واستعمالاً وممارسة ، مادام لم يقم دليل على تحريمه أو المنع منه، على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين(١).

وهذا مبنى على قاعدة أصولية معروفة هى أن الأشياء على الإباحة وهى قاعدة يرجع إليها فى تقرير كثير من الأحكام، وهى ترد غالباً فى موضوعات الحظر والإباحة(٢).

الثاني : كما يستدل على أن الأصل إباحة السكوت بما روى عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : " بينما النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ : مره فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه " (٣).

وما روى أيضا عن على بن أبى طالب انه قال : " حفظت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يتم بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلى الليل " (٤).

وايضا بما ورد فى البخاري عن أبى بكر ــ رضى الله عنه ــ انه دخل على امرأة من أحمس يقال لها زينب فرآها لا تتكلم، فقال : ما لها لا تتكلم؟ قالوا حجت مصمتة، قال لها : تكلمي ، فإن هذا لا يحل ، هذا من عمل الجاهلية فتكلمت" (٥) ومصمته أى ساكتة.

---

(١) انظر د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ١٨٢.

(٢) سبق أن ذكرنا أن هذه القاعدة وردت فى كتب القواعد الفقهية بصيغ كثيرة منها " الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي " والأصل فى الأشياء الإباحة حتى يصح المنع بوجه لا معارض له ودليل غير محتمل للتأويل "وأصل الأشياء الإباحة حتى يرد المنع " " والأشياء على الإباحة حتى يثبت الحظر والمنع"، " الأشياء أصلها الإباحة " إلى غير ذلك. انظر : د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ دار القلم ــ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٩ ص١٢١ – ١٢٢.

(٣) ابن حجر : فتح الباري ــ مرجع سابق جــ١ ص٦٩٧ ، كتاب الأيمان والنذور ــ حديث ٦٧٠٤.

(٤) أبو داود ، سنن أبى داود ــ مرجع سابق جــ٣ ص١١٤ ، كتاب الوصايا.

(٥) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ٧ ص١٨٤ ــ كتاب مناقب الأنصار ــ حديث رقم ٣٨٣٤.

وجه الدلالة من تلك الأحاديث أن العلماء استدلوا من ذلك على أن السكوت في أصله مباح أى حلال وجائز، لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما سأل حال الرجل الذى نذر أن يقوم ولا يقعد، ولا يستظل ولا يتكلم، ويصوم، قال للصحابة "مروه" ليقعد وليتكلم وذكر الإمام ابن حجر فى شرح الحديث. أن السكوت عن المباح ليس من طاعة الله تعالى. بدليل ما جاء فى حديث أبى داود: " لا يتم بعد احتلام ولا صمت يوم إلى الليل". وأيضا ما روى عن أبى بكر حيث قال للمرأة : تكلمى فإن هذا لا يحل، هذا من عمل الجاهلية.

فيفهم من كل ذلك أن السكوت فى أصله مباح ، ولا يصح للإنسان أن يحرم على نفسه ما كان مباحا، لذلك أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - الرجل أن يتكلم ويقعد ويستظل ويتم صومه. فأمره بإتمام الصوم دون غيره[1]. فالسكوت من جملة " المباحات من الأفعال والأقوال"[2].

وقد ذكر الإمام الشاطبى أيضا : أن كل من حرم على نفسه شيئا مما أحل الله له فليس ذلك التحريم بشئ، فليأكل إن كان مأكولا، وليشرب إن كان مشروبا، وليلبس إن كان ملبوسا، وليملك إن كان مملوكا. وكذلك سائر الأشياء من اللباس ، والمسكن والصمت، والاستظلال، والاستضحاء ، كل هذه مباحات، واستدل لذلك أيضا بحديث الناذر للصوم قائما فى الشمس ساكتا، فإنه تحريم للجلوس والكلام والاستظلال، والنبى - صلى الله عليه وسلم - أمره بالجلوس والتكلم، والاستظلال. قال مالك : أمره ليتم ما كان له فيه طاعة، ويترك ما كان عليه فيه معصية..

فتأملوا كيف جعل مالك ترك الحلال معصية.. فترك الكلام وإن كان مشروعا فى الشرائع الأولى فهو منسوخ بهذه الشريعة "[3]. ويستدل بما قاله الإمام الشاطبى على أن السكوت فى أصله حلال أى مباح ، كما أن الكلام مباح.

---

(١) انظر فى شرح الحديثين والأثر ــ ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جــ٧ ص١٨٥. كتاب مناقب الأنصار جــ١١ ص٦٩٧ ــ كتاب الأيمان والنذور وذكر ابن حجر أيضا: أن العلماء استدلوا من ذلك على أن من حلف ألا يتكلم استحب له أن يتكلم ولا كفارة عليه. لأن أبا بكر لم يأمرها بالكفارة وقياسه أن من نذر أن لا يتكلم لم ينعقد نذره لأن أبا بكر أطلق ذلك، لا يحل وأنه من فعل الجاهلية وأن الإسلام هدم ذلك. انظر ابن حجر ــ ذات الموضع المشار إليه سابقا فى صدر هذا الكلام.

(٢) انظر: د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٤٨.

(٣) انظر الإمام الشاطبى ــ الاعتصام ــ تحقيق هانى الحاج ــ المكتبة التوفيقية ــ الحسين القاهرة : طبعة حديثة بدون تاريخ ص٣١٤، ص٣١٥، ص٢٩٦ فى فصل فى تحريم ما أحله الله ــ فى معرض =

وهكذا يتضح لنا أن السكوت فى أصله من الأمور المباحة للإنسان، له أن يفعله أو لا يفعله؛ لأن هذا مقتضى الإباحة التى هى التخيير بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك. إلا أن يكون السكوت في مواضع حظره أو وجوبه أو ندبه فينتقل حكمه في الإباحة إلى غيرها بحسب النص. ولئن كان السكوت فى أصلـــــه مباحا ــ كما بينا ــ بوصفه من جملة المباحات استصحابا للإباحة الأصلية للأشــياء ــ لما سقناه من أدلة لذلك ــ فإنه قد يثاب عليه بالنية والقصد[1].

وعلى ذلك : يكون السكوت مستحبا ومندوبا يثاب عليه الإنسان إذا كان بغـــرض اتباع سنة النبى – صلى الله عليه وسلم – فى ذلك من خلال الأحاديث التى تبين فضـــل السكوت وترغب فيه. على نحو ما سنبينه فى الموضع التالى من البحث.

==استدلاله بقوله تعالى " يا أيها الذين أمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين" سورة المائدة /٨٧. وانظر فى هذا المعنى ــ القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد السادس ص٢٥.

(١) وذلك كمن يمارس أنواع الرياضة البدنية بنية تقوية جسمه ليتقوى على طاعـــــة الله أو علـــى محاربــة الأعداء، وعلى الواجبات عامة، انظر د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٤٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٧٥.

المبحث الثانـــى

السكوت المندوب

إذا كان السكوت فى أصله ــ كما بينا ــ على الإباحة ، فإنه قد يكـــون مندوبـــا بحيث يمدح فاعله ويثاب، ولكن لا يذم تاركه ولا يعاقب، وإن كان يمكن أن يلحقه اللوم والعتاب على ترك بعض أنواع المندوب، وهو الذى واظب عليه النبى – صلى الله عليه وسلم – ولم يتركه إلا نادرا وهو ما يعرف بالسنة المؤكدة(١).

وبالنظر إلى هدى النبى – صلى الله عليه وسلم – فى ذلك نجد أن الإمام ابن القيم يقول : "..كان صلى الله عليه وسلم طويل السكوت لا يتكلم فى غير حاجـــة، يفتتـــح الكلام ويختتمه باسم الله تعالى، ويتكلم بجوامع الكلم كلامه فصل لا فضول، ولا تقصـــير وكان لا يتكلم فيما لا يعنيه ، ولا يتكلم إلا فيما يرجو ثوابه"(٢).

وعلى ذلك فإن السكوت يكون مندوبا مستحبا إذا كان يقصد به التأســـى بـــالنبى – صلى الله عليه وسلم – امتثالا لقوله تعالى " **لقد كان لكـــم فـــى رســـول الله أســـوة حسنـــة**"(٣). بالإضافة إلى ورود كثير من الأحاديث النبوية التـــى تـــدل علـــى فضـــل السكوت وتحث عليه والتى ذكرها العلماء فى باب حفظ اللسان وفى فضل الصمت وقلة الكلام(٤).

---

(١) قد سبق أن بينا أن المندوب فى اللغة هو المدعو إليه، وفى الاصطلاح: هو ما طلب الشارع فعله من غير إلزام. وعلمنا أيضا أن المندوب يسمى السنة، والنافلة، والمستحب، والتطوع والإحسان والفضيلة، وكلـــها ألفاظ متقاربة المعنى تشير إلى معنى المندوب وهو كونه راجح الفعل من غير إلزام، وأن المندوب علـــى مراتب أعلاها السنة المؤكدة ثم السنة غير المؤكدة، وهى التى لم يداوم عليها النبى - صلى الله عليه وسلم - ثم بعد ذلك ما يسمى بالفضيلة والأدب وسنة الزوائد وهو يعد من الكماليات.

راجع د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ ص٣٩ ، د/ أحمد فـــراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٤٩ ، ص٣٥٠. وراجع أيضا ما سبق فى أقسام الحكم التكليفى.

(٢) الإمام ابن القيم ــ زاد المعاد فى هدى خير العباد ــ دار الفكر ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ ــ الجـــزء الأول ص٤٦، محمد أحمد إسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ دار الإيمـــان ــ الإســـكندرية الطبعـــة الثانية ــ سنة ٢٠٠١ ص٤٧.

عن عائشة رضى الله عنها ــ قالت كان كلام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كلاما مفصلا يفهمه كل من سمعه ــ أبو داود ــ سنن أبى داود ــ جـ٤ ص٢٦٢.

(٣) سورة الأحزاب، آية [٢١].

(٤) والمقصود، حفظ اللسان عن النطق بما لا يسوغ مما لا حاجة للمتكلم به ــ انظر ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق ــ جـ١١ ص٣٦٠ ــ باب حفظ اللسان.

فقد ورد فى فضل الصمت عدة أحاديث منها:

ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه** " [1].

وقد ذكر الإمام ابن حجر فى شرح الحديث أن هذا من جوامع كلمه - صلى الله عليه وسلم – لأن القول كله إما خير ، وإما شر، وإما آيل إلى أحدهما. فدخل فى الخير كل مطلوب من الأقوال فرضها وندبها، فأذن فيه على اختلاف أنواعه ودخل فيه ما يؤول إليه وما عدا ذلك مما هو شر. أو يئول إليه فأمر فيه بالصمت وهذا يعنى أن الصمت عن الكلام الذى يئول إلى الشر مستحب ومندوب.

قال النووى: فى هذا الحديث حث على حفظ اللسان فينبغى لمن أراد أن ينطق أن يتدبر ما يقول قبل أن ينطق فإن ظهرت فيه مصلحة تكلم وإلا أمسك[2].

ومنه قوله – صلى الله عليه وسلم –" **المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده**"[3] وقوله – صلى الله عليه وسلم –" **من دفع غضبه دفع الله عنه ذنوبه ومن حفظ لسانه ستر الله عورته**"[4].

. وقوله – صلى الله عليه وسلم –" **طوبى لمن ملك لسانه ووسعه بيته وبكى على خطيئته**"[5]. وقوله – صلى الله عليه وسلم –عندما سئل " يا رسول الله" ما النجاة قال : **أمسك عليك لسانك وليسعك بيتك وابك على خطيئتك**"[6] وقوله – صلى الله عليه وسلم " **أحب الأعمال إلى الله حفظ اللسان**" [7]. وقوله – صلى الله عليه وسلم –" **من صمت**

---

(١) مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جــ١ ص٦٨. كتاب الإيمان ، ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق ــ جــ١٠ ص٥٣٧ ــ كتاب الأدب وقد سبق ذكر الحديث برواياته المختلفة، الترمذى ــ الجامع الصحيح ــ مرجع سابق جــ٢ ص٦٥٩.

(٢) ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جــ١٠ ص٥٣٨، كتاب الأدب ، جــ١١ ص٣٦٤ كتاب الرقاق لنفس المؤلف.

(٣) مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق ــ جــ١ ص٦٥ كتاب الإيمان، الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) ــ جــ ٤ ص٦٦١ كتاب صفة القيامة.

(٤) الطبرانى ــ المعجم الأوسط ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص١٨٩.

(٥) الطبرانى ــ المعجم ــ مرجع سابق جــ٣ ص١٧٧.

(٦) الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) مرجع سابق جــ٤ ص٦٠٥ كتاب الزهد ــ ورواه ابن أبى الدنيا فى كتاب الصمت وحفظ اللسان تحقيق دكتور/ محمد أحمد عاشور ــ دار الاعتصام ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ ص٣٥.

(٧) ذكره ابن حجر فى باب حفظ اللسان جــ١١ ص٣٦.

نجـــــا " (١).

إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة[٢] التى جاءت فى فضـــل الصمـــت ومدحـــه وحسنه، ذلك لأن فيه كما رأينا فى الأحاديث السابقة النجاة، وبه يكمل إيمان المرء وأنه من أحب الأعمال إلى الله تعالى كما أنه أيسر العبادة وأهونها على البدن[٣] كما أن فـــى السكوت أيضا ستر للعورات والعيوب[٤] والسلامة منها[٥] كـــل هـــذه الآثـــار الحميـــدة للسكوت تجعله أمرا مستحبا ومندوبا فى نظر الشارع.

---

(١) الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) مرجع سابق جـ٤ ص٦٦٠ كتاب صفة القيامة، الطـــبرانى ــ المعجم الأوسط ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٥٦.

(٢) للمزيد من التعرف على الأحاديث النبوية فى فضل الصمت وحفظ اللسان انظر: ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ١٠ ص٥٣٨، كتاب الأدب جـ١١ ص٣٦١ ــ كتاب الرقاق بـــاب حفـــظ اللســـان الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) ــ مرجع سابق جـ٤ ص٦٠٥ وما بعدهـــا كتـــاب الزهـــد باب حفظ اللسان ، الصنعانى ــ سبل السلام ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص١٥٦٤ ــ فى فضل الصمـــت وحفظ اللسان، ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ تحقيق الدكتور / محمد أحمـــد عاشـــور ــ دار الاعتصام ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ ص٣٥ وما بعدها ، الإمام الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مطبعة مصر ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ ــ جـ٢ ص١٣٤ وما بعدها ، محمـــد أحمـــد اسماعيل المقـــدم حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ص٤٥.

(٣) ورد فى كتاب الصمت لابن أبى الدنيا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " ألا أخبركم بأيسر العبـــادة وأهونها على البدن ؟ الصمت وحسن الخلق" ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجـــع ســـابق ص٤٣ ــ وأخرجه الغزالى فى كتاب إحياء علوم الدين ــ دار مصر للطباعة ــ طبعة جديدة ــ بـــدون تاريخ ــ جـ٢ ص١٣٦.

(٤) من فضائل الصمت أنه يستر العيوب وقد اجتمع قس بن ساعده ، وأكثم بن صيفى. فقال أحدهما لصاحبـــه " كم وجدت فى ابن آدم من العيوب" ؟ فقال " هى أكثر من أن تحصى والذى أحصيته ثمانية آلاف عيـــب ووجدت خصلة إن استعملها سترت العيوب كلها" قال: "وما هى ؟" ، قال " حفظ اللسان " انظر: محمـــد أحمد إسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ص٥٠.

(٥) ورد أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من سره أن يسلم فليلزم الصمت" أخرجه ابن أبـــى الدنيـــا فى كتاب الصمت وحفظ اللسان ــ ص٣٩ الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جـــ٢ ص١٣٥. كما ورد أيضا أنه - صلى الله عليه وسلم - قال " رحم الله عبدا تكلم فغنم أو سكت فسلم " ابـــن أبـــى الدنيـــا الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ص٤٨، الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع ســـابق ــ جـــ٢ ص١٣٦. وورد أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: " يالسانى قل خيرا تغنم أو اسكت عن شـــر تسلم" أخرجه ابن أبى الدنيا فى كتاب الصمت ــ المرجع السابق ــ ص٤٩ وذكر أن هذا القول نسب إلى عبد الله بن مسعود ــ كما جاء فى إحياء علوم الدين ــ للغزالى جـ٢ ص١٣٦، كما ورد أيضا ــ عـــن أبى بكر بن عياش قال: أدنى نفع السكوت السلامة وكفى به عافية وأدنى ضرر النطق الشهرة وكفى بـــها بلية ــ انظر محمد أحمد اسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ص٤٩. والمراد بالســـلامة هنا: هى البراءة من العيوب وهى من الكلمات الجوامع فإن من سلم نجا فهى قريبة من العافية ولـــذا ==

وبناء على ذلك فهنالك صور أو حالات للسكوت المندوب، منها تلك المستفادة من قوله تعالى" " **لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم وكان الله سميعا عليما**"[1]. فالآية الكريمة نصت على بغض صورة من صور الكلام وكراهتها (فنفي الحب كناية عن البغض، وهي صورة الجهر بالسوء من القول، فالله تعالى لا يحب الفحش من القول والإيذاء باللسان. أي إن الله لا يحب إظهار الفضائح والقبائح إلا في حق من عظم ضرره وكثر مكره وكيده فهذا يجوز إظهار فضائحه.

وإذا كان الجهر بالسوء من القول ــ على النحو المبين بالآية ، وتبعا لأقوال المفسرين في ذلك ــ من الأمور البغيضة الكريهة فإن السكوت عن ذلك يكون مستحبا ومندوبا، بدليل ما ذكره الإمام القرطبي: أنه يجوز لمن ظلم أن يدعو على من ظلمه إلا أن الصبر وعدم الدعاء عليه خير وأفضل " [2].

صورة أخرى من صور السكوت المستحب مستفادة من قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "من جاع واحتاج، فكتمه الناس وأفضى به إلى الله عز وجل كان حقا على الله عز وجل أن يفتح له رزقا حسنا من حلال"[3].

فتلك حالة من حالات السكوت مدحها الرسول - صلى الله عليه وسلم - ووعد من يلتزم بها بأن يفتح الله عز وجل له رزقا حسنا من حلال. وهي السكوت عن البوح

== تكون دعوة الرسل عند مرور الناس على الصراط " اللهم سلم سلم ". وكان بعض السلف يدعو في الفتنة " اللهم سلمنا وسلم منا " وقال الشاعر:

وقائلة لي مالي أراك مجنبا ... أمورا وفيها للتجارة مربح

فقلت لها كفي ملامك واسمعي ... فنحن أناس بالسلامة نفرح

انظر : محمد أحمد إسماعيل ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ــ ص٥٣.

(١) سورة النساء/ ١٤٨.

(٢) راجع ما سبق في تفسير الآية الكريمة ــ الرازي ــ التفسير الكبير ــ مرجع سابق جـ١١ ص٨٩ وما بعدها، الشوكاني ــ فتح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٥٣٠، القرطبي الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثالث ص٣٦٥، وما بعدها، محمد علي الصابوني ــ صفوة التفاسير ــ مرجع سابق جـ٦ ص٢٩٩. وقد ورد أن الآية الكريمة نزلت في رجل ضاف رجلا بفلاة من الأرض فلم يضفه ثم ذكر أنه لم يضفه، وقيل نزلت في أبي بكر ــ رضي الله عنه ــ فإن رجلا شتمه فسكت مرارا ثم رد عليه، فقام النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال أبو بكر شتمني وأنت جالس. فلما رددت عليه قمت: قال: إن ملكا كان يجيب عنك فلما رددت عليه ذهب ذلك الملك وجاء الشيطان، فلم أجلس عند مجيء الشيطان فنزلت هذه الآية. انظر المراجع السابقة في المواضع المشار إليها .

(٣) الطبراني ــ المعجم الأوسط ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١٨٤.

بجوعه وحاجته إلى الناس، والإفضاء بها إلى الله عز وجل وحده. ومنها أيضا : كثرة الكلام والسؤال عما لا حاجة للسائل به؛ لأنها تئول إلى الخطأ والذلل وذلك مأخوذ من قوله – صلى الله عليه وسلم – " إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال وكثرة السؤال"[١] فهذه إشارة إلى أن السكوت عن مثل ذلك مستحب.

والمراد بالسكوت المندوب والمستحب ــ كما ذكر الإمام الصنعاني ــ هو السكوت عن فضول الكلام، وهو الكلام الذى لا حاجة للمتكلم به، أو الكلام فيما لا يعنى المتكلم، وغير ذلك من سائر حالات الكلام الذى يفضى إلى الشر، فذلك مذموم وتركه محمود. بل إنه دليل على حسن إسلام المرء. يقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – " من حسن إسلام المرء تركه ما لايعنيه"[٢]. جاء في شرح الحديث أن المقصود ترك الفضول كله على اختلاف أنواعه من قول أو فعل[٣].

وهذا يعنى أن سكوت الإنسان عن التكلم فيما لا يعنيه مستحب ومندوب[٤].

وبعد: فقد عرضنا ــ فيما سبق ــ لبعض صور السكوت المستحب أو المندوب

---

(١) ابن حجر – فتح البارى – مرجع سابق ــ جــ٣ ص٤١٧. كتاب الزكاة، جــ١٠ ص٤٧٩ كتاب الأدب.

(٢) الإمام مالك ــ الموطأ ــ مرجع سابق ص٩٠٣ كتاب حسن الخلق ، الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) مرجع سابق جــ ٤ ص٥٥٨ كتاب الزهد.

(٣) الزرقانى ــ شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك ــ مرجع سابق جــ٤ ص٢٥٣، ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ص٧٣.

(٤) يقول الإمام الغزالى فى هذا الصدد: وحد الكلام فيما لا يعنيك أن تتكلم بكلام لو سكت عنه لم تأثم، ولم تستضر به فى حال ولا مال. مثاله أن تجلس مع قوم فتذكرهم أسفارك، وما رأيت فيها من جبال وأنهار وما وقع لك من الوقائع، فهذه أمور لو سكت عنها لم تأثم ولم تستضره ، ويقول أيضا " واعلم أن فضول الكلام لا ينحصر بل المهم محصور فى كتاب الله تعالى حيث قال "**لاخير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس**" سورة النساء/١١٤. وقال – صلى الله عليه وسلم – " طوبى لمن أمسك الفضل من لسانه وأنفق الفضل من ماله" فانظر كيف قلب الناس الأمر فى ذلك فأمسكوا فضل المال وأطلقوا فضل اللسان، وقال ابن مسعود " أنذركم فضول كلامكم، حسب امرئ من الكلام ما بلغ به حاجته" انظر الإمام الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص١٤٠ وما بعدها. وفى ذلك أيضا ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال إن من أحبكم إلى وأقربكم منى مجلسا يوم القيامة أحاسنكم أخلاقا، وإن أبغضكم إلى وأبعدكم منى مجلسا يوم القيامة الثرثارون والمتشدقون والمتفيهقون. قالوا: يا رسول الله، قد علمنا الثرثارون والمتشدقون ، فما المتفيهقون؟ قال : المتكبرون ". الترمذى ــ الجامع الصحيح (سنن الترمذى) ــ مرجع سابق ــ جــ ٤ ص٣٧٠ كتاب البر والصلة.

فالحديث الشريف يدل على بغض الثرثار كثير الكلام فيما لا يعنى، وبذلك يكون السكوت عن ذلك مستحبا حيث يقرب العبد من محبة الرسول – صلى الله عليه وسلم – ويدنيه من مجلسه يوم القيامة.

الذى يكون ترك الكلام فيه خير، بحيث يثاب المرء على تركه ويمدح ولكن لا يذم على تركه ــ أى السكوت ــ وإن كان يمكن أن يلحقه اللوم والعتاب على تركه إذا ثبت أنه كان من السنن المؤكدة أى التى واظب عليها النبى - صلى الله عليه وسلم -وطبقا لما رأينا ــ من خلال عرضنا السابق ــ نرى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم -كان يترك فضل الكلام، وكان طويل السكوت لا يتكلم فى غير حاجة. وبذا يكون السكوت عن ذلك أمرا مستحبا.

ولذلك كان السكوت عن الكلام فيما لا يعنى أو السكوت عن فضول الكلام سنة النبى - صلى الله عليه وسلم - وكان على ذلك أيضا السلف الصالح[1] ، كما مدحه الشعراء والعقلاء[2].

وبذلك يكون السكوت مستحبا حين يكون سكوتا عن مكروه، سواء أكان ذلك عن قول أم فعل.

---

(١) يقول الإمام النووى ــ رحمه الله تعالى ــ: " [illegible] ينبغى لكل مكلف أن يحفظ لسانه عن جميع الكلام إلا كلاما ظهرت فيه المصلحة، ومتى استوى الكلام وتركه فى المصلحة، فالسنة الإمساك عنه، لأنه قد ينجر الكلام المباح إلى حرام أو مكروه، وذلك كثير فى العادة، والسلامة لا يعد لها شئ". انظر: محمد أحمد إسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ــ ص٥٣.

(٢) انظر : الصنعانى ــ سبل السلام ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص١٥٦٤ فضل الصمت وقلة الكلام ــ وأنشد أحدهم فى فضل السكوت قائلا:

إسترالعى ما استطعت بصمت ... إن فى الصمت راحة للصموت

واجعل الصمت إن عييت جوابا ... رب قول جوابة فى السكوت

وقال آخر:

عجبت لإزراء العيي بنفسه ... وصمت الذى قد كان بالقول أعلما

وفى الصمت ستر للعيى وإنما ... صحيفة لب المرء أن يتكلما

انظر ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ص٣٠٢، محمد أحمد إسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ص٥١، وفى هذا الصدد أيضا يقول الإمام المالكى أحمد الدردير "...ينبغى للعاقل أن يتجافى عن دار الغرور بترك الشهوات، ويقتصر على الضروريات، تاركا لفضول المباحات خصوصا فيما يتعلق باللسان والبطن" انظر الدردير ــ الشرح الصغير - الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٩٢ جـ٤ ص٣٠٥.

المبحث الثالث

السكوت المكروه

بينا فيما سبق أن الأصل فى السكوت أنه على الإباحة إلا .أنه قد يكون مطلوبا فعله على جهة الندب والاستحباب، بحيث يثاب المرء عليه ، وهنا نبين أن السكوت يكون فى بعض حالاته مكروها يمدح تاركه ويثاب إذا قصد بتركه التقرب إلى الله وابتغاء رضوانه.

والمكروه هو ما طلب الشارع الكف عنه طلبا غير جازم، أو ما كان تركه خيرا من فعله[1].

والمكروه بهذا المعنى يقابل المندوب، فإذا كان المندوب ترجيح جانب الفعل على الترك، فإن المكروه ترجيح جانب الترك على الفعل من غير إلزام؛ لذلك قيل: إن كل ما دل الدليل على أنه مندوب فتركه مكروه[2]. ولذلك عرف بعض العلماء المكروه بأنه: هو ترك المندوب[3].

وبناء على ما سبق: فإن السكوت يكون مكروها إذا كان الكلام مندوبا. فإذا ثبت أن الكلام مندوب فى حالات معينة فإن السكوت عنه فى هذه الحالات يكون مكروها وعندئذ يستحب للمرء أن يتكلم، أو يبين على أساس أن المكروه يمدح تاركه ويثاب إذا

---

(١) المكروه فى اللغة هو البغيض إلى النفوس ، وفى إصطلاح الأصوليين هو: "ما نهى الشارع عنه نهيا غير جازم ، أو ما كان تركه خيرا من فعله".

والمكروه عند الجمهور قسم واحد. وهو ما ذكرناه، أما الحنفية فإنهم يقسمون المكروه إلى قسمين: مكروه تحريما، وهو ما طلب الشارع الكف عنه حتما بدليل ظنى، وهذا يعاقب فاعله، ويكفر جاحده ومكروه تنزيها، وهو ما كان طلب الشارع للكف عنه غير حتم ولا لازم، وهو نفسه المكروه عند الجمهور فى حقيقته وفى حكمه. انظر فى تعريف المكروه وأقسامه، الإمام الغزالى ــ المنخول من تعليقات الأصول ــ مرجع سابق ص١٣٦، الشوكانى ــ إرشاد الفحول ــ مرجع سابق ص٦، د/ حسين حامد حسان ــ أصول الفقه ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧١ ص٧٠ ولسيادته أيضا: الحكم الشرعى عند الأصوليين. دار النهضة العربية . الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢ ص٥٧، محمد أبو زهرة ــ أصول الفقه ــ دار الفكر العربى سنة ١٩٧٣ ص٤٥، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ ص٤٠، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى مرجع سابق ص٣٥٦.

(٢) انظر/ د/ على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامى ــ دار المثقف العربى الطبعة السادسة سنة ١٩٨٢ ص٣٨٩، وفى نفس المعنى ــ الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص٢٩٣.

(٣) الغزالى ــ المنخول من تعليقات الأصول ــ مرجع سابق ــ ص١٣٦.

قصد بتركه التقرب إلى الله تعالى. فتارك السكوت هنا ــ بالكلام أو البيان مطلقا ــ يمدح ويثاب إذا تكلم فى المواطن التى يستحب فيها الكلام؛ لأنه يكره فيها السكوت.

وتطبيقا لذلك: يكون السكوت مكروها فى مثل الحالات الآتية:

أولا: السكوت عن النهى عن المنكرات المكروهة، فالنهى عن المنكر فى أصله واجب كالأمر بالمعروف، والسكوت عنه محرم، أما النهى عن المنكرات المكروهة فهو مستحب، والسكوت عنه مكروه.

وفى هذا الصدد يقول الإمام الغزالى: " اعلم أن المنكرات تنقسم إلى مكروهة وإلى محظورة، فإذا قلنا: هذا منكر مكروه، فاعلم أن المنع منه مستحب والسكوت عليه مكروه[1] ، وليس بحرام إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروه فيجب ذكره له.. وإذا قلنا منكر محظور، أو قلنا منكر مطلقا، فنريد به المحظور، ويكون السكوت عليه مع القدرة محظورا[2].

وقد ساق الإمام الغزالى بعض الأمثلة على تلك المنكرات المكروهة منها تراسل المؤذنين فى الأذان وتطويلهم بمد كلماته، ومنها أيضا، تكثير الأذان مرة بعد أخرى بعد طلوع الفجر فى مسجد واحد فى أوقات متقاربة، إما من واحد أو جماعة فإنه لا فائدة فيه، إذ لم يبق فى المسجد نائم ولم يكن الصوت بما يخرج عن المسجد حتى ينبه غيره، فكل ذلك من المكروهات المخالفة لسنة الصحابة والسلف[3].

وعلى هذا : فالنهى عن المنكر ــ غير المحرم ــ فى حالة المنكرات المكروهة يكون السكوت عنه مكروها، إذ يستحب النهى عنها.

ثانيا: وترتيبا على ما تقدم من أن السكوت يقصد به الموقف السلبى مطلقا، أى عدم اتخاذ مسلك إيجابى من قول أو فعل، يكون السكوت عن كتابة الدين مكروها، بناء على أن كتابة الدين ــ وفقا للراجح من أقوال الفقهاء ــ مندوبة.

---

(١) يلاحظ أن بعض العلماء ــ يرون أن النهى عن المنكر كله واجب ولا يفرقون بين منكر مكروه وآخر محظور وهم الشيعة الإمامية، انظر الحلى ــ المختصر النافع فى فقه الإمامية ــ دار الكتاب العربى بدون تاريخ ص١١٥.

(٢) الإمام الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جـ٣ ص٤١٦.

(٣) الإمام الغزالى ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جـ٣ ص٤١٧.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأمر بكتابة الدين الوارد فى قوله تعالى : "**يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**"(١) محمول على الندب والإرشاد إلى ما فيه الصلاح والنفع والبعد عن النزاع، والمخاصمة، فالأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب(٢).

وقد استدل الجمهور على أن الأمر فى الآية للندب وليس للوجوب بقوله تعالى: "**فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته**"(٣) فإنه يدل على أن الكتابة غير مطلوبة إذا توافرت الأمانة والثقة بين المتعاقدين فيكون الأمر بالكتابة فى الآية الأولى للندب والإرشاد وليس للوجوب لعدم الإلزام بها. هذا بالإضافة إلى أن لصاحب الدين الحق فى أن يتنازل عنه ويسقطه، فله من باب أولى أن يترك توثيقه بالكتابة، وقد درج الناس قديما وحديثا على عدم الاهتمام بالكتابة مادامت الثقة متبادلة بين المتعاقدين ولم ينكر الفقهاء عليهم ذلك، ولو كانت الكتابة واجبة لما تركوا النكير على تركها مع علمهم، وذلك دليل الندب(٤).

وإذا كان الأمر بكتابة الدين ــ على ما تقدم ــ أمرا على جهة الندب والاستحباب فيكون السكوت عنه ــ بعدم الكتابة ــ مكروها.

تجدر الإشارة إلى أن بعض العلماء يرون أن الأمر بكتابة الدين للوجوب وليس للندب، وأن كتابة الدين واجبة على المتعاقدين فى بيع أو قرض لئلا يقع فى نسيان أو جحود، فإذا كان القرض إلى أجل ففرض عليهما أن يكتباه، وأن يشهدا عليه، ويستدل هؤلاء بالآية الكريمة التى استدل بها الجمهور، وفى هذا يقول الإمام ابن حزم: ليس فى أمر الله إلا الطاعة، ومن قال إنه ندب فقد قال الباطل، ولا يجوز أن يقول الله تعالى "فاكتبوه"، ويقول قائل: لا أكتب إن شئت ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى الندب إلا بنص آخر أو بضرورة (٥). وهذا هو رأى الظاهرية، وهو اختيار

---

(١) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].

(٢) انظر: القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثانى ص٣٤٧، ابن كثير ــ تفسير القرآن العظيم ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ص٣٣٥، وانظر كذلك: د/ كمال جوده أبو المعاطى توثيق الدين بالكتابة والشهادة ــ دار الهدى للطباعة سنة ١٩٨٨ ص١٩.

(٣) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].

(٤) انظر د/ كمال جوده أبو المعاطى ــ توثيق الدين بالكتابة والشهادة ــ مرجع سابق ــ ص٢٠.

(٥) انظر:ابن حزم ــ المحلى ــ منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع بيروت جـ٨ ص٨٠.

الطبرى، وقال ابن جريج: من أدان فليكتب، ومن باع فليشهد[1].

ويبدو لى فى هذه المسألة، أن اختلاف الزمان والأحوال، وفساد الذمم وضعف الوازع الدينى لدى كثير من الناس يمكن أن يقودنا إلى ترجيح رأى الظاهرية ومن وافقهم، الذين يرون أن الأمر بكتابة الدين هو أمر للوجوب وليس للإرشاد والندب فقط.

وذلك لأننا رأينا أن الجمهور قد استدلوا على أن الأمر للندب بقوله تعالى "**فإن أمن بعضكم...**" أى إن توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين معول عليه فى جعل الأمر للندب. ومن ثم فإذا تغيرت الأحوال، وتجرأ الناس على أكل الحقوق وإنكارها، ولم تعد تتوافر الأمانة فى المعاملات فإن ذلك يؤدى إلى ضياع الحقوق وإثارة المنازعات، وهنا يصير الأمر بالكتابة واجبا لا مندوبا، وهو يكون اختلاف زمان لا اختلاف حجة وبرهان والله أعلم.

وعلى أى حال: فإذا أخذنا برأى الجمهور وعددنا أمر كتابة الدين للندب فإن السكوت عنه يكون مكروها، أما إذا أخذنا برأى الظاهرية ومن معهم وعددنا الأمر للوجوب فإن السكوت عنه يكون حراما.

ومنه أيضا ــ من السكوت المكروه ــ عدم الإشهاد على البيع ، وعلى العقود فى المعاملات فذلك أمر مشروع بلا خلاف بين العلماء، بدليل قوله تعالى "**وأشهدوا إذا تبايعتم**"[2]. ولكن الخلاف فى نوع الأمر الوارد فى الآية هل هو أمر للوجوب، أو للندب والإرشاد؟ وجمهور العلماء على أن الأمر فى الآية للندب والإرشاد لا للحتم، قال الطبرى: " واختلف العلماء هل ذلك على الوجوب أو الندب فرأى بعضهم أنه على الوجوب ــ وهو رأى الظاهرية وهو يوافق رأيهم فى كتابة الدين فى أن الأمر بسهما للوجوب " [3].

والجمهور على أنه للندب والإرشاد، ويحكى هذا القول عن مالك والشافعى وأصحاب الرأى وزعم ابن العربى أن هذا قول الكافة، قال وهو الصحيح وقد باع النبى

---

(١) انظر: القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثانى ص٣٤٧، د/ كمال جودة أبو المعاطى ــ توثيق الدين بالكتابة والشهادة ــ مرجع سابق ــ ص٢٠، د/ مصطفى سعيد الخن ــ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ــ مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨م. وأصله رسالة دكتوراه قدمت لجامعة الأزهر سنة ١٩٦٩. ص٣٠٢،ص٣٠٣.

(٢) سورة البقرة، آية [٢٨٣].

(٣) ابن حزم ــ المحلى ــ مرجع سابق جـ٨ ص٨٠.

- صلى الله عليه وسلم - وكتب.. وقد باع ولم يشهد، واشترى ورهن درعه عند يهودى ولم يشهد، ولو كان الإشهاد أمرا واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة[1].

وعلى ذلك ـ وطبقا لرأى الجمهور ـ يكون الإشهاد على البيع وعلى العقود المالية مندوبا، ومن ثم يكون السكوت عنه مكروها.

ومن السكوت المكروه أيضا فى مجال المعاملات، السكوت أو عدم الإفصاح عما يوجبه مبدأ حسن النية[2]، فى العقود والتصرفات من التزامات مثل الالتزام بالتبصير والتحذير والنصيحة على المتعاقدين.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا يختلف عن السكوت عن تبيين عيوب المبيع أو محل العقد عموما، إذ إن ذلك التبيين واجب وتركه محرم بالنص، وذلك موضعه فى السكوت المحرم لا المكروه، والذى سوف نبينه فى حينه . أما ما نحن بصدده من التزامات يفرضها مبدأ حسن النية فى التصرفات من التزام بالتبصير، والتحذير والنصيحة على

---

(١) راجع فى ذلك: القرطبى ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد الثانى ص٣٦٥، ابن كثير تفسير القرآن العظيم ـ مرجع سابق ـ المجلد الأول ص٣٧٧ ، د/ مصطفى سعيد الخن ـ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ـ مرجع سابق ـ ص٣١١ ، د/ كمال جودة أبو المعاطى توثيق الدين بالكتابة والشهادة ـ مرجع سابق ص٤٩ وما بعدها.

(٢) ويقصد بمبدأ حسن النية: " قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها فى تصرف معين". أو "قصد الالتزام بأحكام الشريعة ومقاصدها فى التصرفات". أى انعقاد العزم وتوجهه نحو الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها أى حكمها وعللها التى شرعت الأحكام وحددت الحدود من أجلها وهى مصالح العباد نفسها فى العاجل والآجل وذلك فى تصرف معين وهذا يشمل كل ما صدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب عليه الشارع أثرا من الآثار. وقد عرف حسن النية فى التصرفات كذلك بأنه: "عدم انتواء الشر بجميع صوره" و: "انتفاء نية الإضرار بالغير فى التصرفات". ويجد مبدأ حسن النية سنده فى كثير من آى القرآن الكريم منهاقوله تعالى " **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** " المائدة /١. وقوله تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم**" سورة النساء/٢٩. وقوله تعالى: "**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها**" سورة النساء/٥٨. فهذه الآيات الكريمة تفيد الأمر بالوفاء بالعقود والوفاء هو الإتيان بالشئ كاملا غير منقوص ولا يتحقق الوفاء بالعقود إلا إذا التزم المتعاقدان الأمانة والصدق والإخلاص، وابتعدا عن التدليس والغش والخيانة وهذه معان يدور حولها مبدأ حسن النية، وهذه الآيات تأمر بحسن النية وتنهى عن سوء النية الذى هو عمل قلبى، وسلوك أيضا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وعرف المجتمع وأخلاقياته...

للمزيد من التفاصيل فى ذلك راجع د/ عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القونى ـ حسن النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ـ رسالة قدمت إلى الكلية الحقوق جامعة المنوفية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩٧م ص٧٥ ، ص١٢٩ وما بعدها.

المتعاقدين فهذه التزامات لا يترتب على تخلفها إخلال بالعقد من حيث انعقاده، أو صحته، أو نفاذه وإنما يقع العقد بالرغم من الإخلال بها ـ صحيحا نافذا لازما [1]. إلا أنه يتنافى مع مكارم الأخلاق، وما يجب أن يكون عليه المسلم فى تصرفاته مع غيره من بنى جنسه.

ويقضى الالتزام بالنصيحة قيام الطرف المالك للمحل الذى يجرى التعاقد عليه بإحاطة الطرف الآخر علما بكيفية استعمال هذا المحل فإذا كان العقد بيعا محله آلة تحتاج إلى خبرة خاصة لاستعمالها، فيجب على البائع أن يزود المشترى بالمعلومات اللازمة لذلك، ويبصره بما يمكن أن تحدثه من خطر نتيجة الاستعمال السيئ ويبصره كذلك بمقدار المدة التى تتحملها الآلة وهى مشعلة ومقدار الوقود التى تحتاجه ونوعه ودرجة جودته فهذه التزامات يفرضها حسن النية فى هذا المجال.

ويقضى الالتزام بالتحذير قيام أحد طرفى العلاقة العقدية بتوجيه تحذير للطرف الآخر من خطر قد يحدث للمبيع نتيجة الإهمال فى صيانته، أو الخطأ فى استعماله وأخيرا يقضى الالتزام بالنصيحة قيام أحد طرفى العقد بتوجيه النصح والإرشاد للطرف الآخر إلى ما ينبغى فعله حتى يصل ـ من خلال التعاقد ـ إلى غايته ويحقق أهدافه

---

(١) العقد الصحيح هو الذى استوفى أركانه وشروطه ولم يرد نهى عنه ومن ثم يصلح لأن يرتب الشارع عليه آثاره وأحكامه. ومعنى كون العقد نافذا لازما أن يكون صادرا عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره، ولم يتعلق به حق للغير، ولا خيار فيه، ولذا فهو يستتبع آثاره التى رتبها الشارع عليه من غير توقف على إجازة أحد، كما لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله أو التحلل منه. والعقد النافذ اللازم قسم من أقسام العقد الصحيح ويقابله النافذ غير اللازم أو الجائز. وهو الذى يجوز للعاقد أن يرجع عنه بفسخه متى شاء من غير توقف على رضا الآخر. كما يوجد قسم آخر من أقسام العقد الصحيح وهو العقد الموقوف، وهو ما تعلق به حق الغير، أو ما صدر ممن لا يملك التصرف، لذا فهو لا يفيد الملك إلا بالإجازة المعتبرة شرعا وهو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير به. راجع فى ذلك د/ أحمد أبو الفتح ـ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ـ مطبعة النهضة ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ جـ٢ ص٢٤٧ وما بعدها، د/ على الخفيف ـ أحكام المعاملات الشرعية ـ دار الفكر العربى ص٣٠٢، د/ محمد مصطفى شلبى ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ـ مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥ ص٣٥٦ وما بعدها، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩ ص٤٠، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ دار الفكر العربى سنة ١٩٨٧ ص٤٤٦، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ مؤسسة الثقافة الجامعية ص٢٩٩ وما بعدها، د/ محمد سراج ـ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص١٦٨.

المرجوة. فمن حسن النية أن يقدم المتعاقد لصاحبه النصيحة، لأن العلاقة التعاقدية في الشريعة الإسلامية تقوم على السماحة والتعاون لا على التناصر واقتناص الفرص[1].

إذا: السكوت عن تلك الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التصرفات والتي يقصد منها الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومراعاة مقاصدها في التصرفات يكون مكروها، وهي التزامات تأتي بعد الالتزام بتبيين عيوب المبيع.

وبعد، فهذه بعض أمثلة للسكوت المكروه، وهي بإيجاز اتخاذ موقف سلبي مجرد تجاه أمر يندب فيه اتخاذ موقف إيجابي من قول أو فعل، سواء أكان ذلك في مجال العبادات أم المعاملات أم الأخلاقيات مثل الإصلاح بين الناس، والقيام بكل ما تقتضيه مكارم الأخلاق، التي يحث عليها الشرع الحنيف.

---

(١) راجع في ذلك د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني ـ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ـ مرجع سابق ص٣٤٤ وما بعدها.

المبحث الرابع

السكـــوت المحــــرم

قدمنا أن السكوت فى أصله مباح ولكنه قد يكون مندوبا وقد يكون مكروها. وهنـا نبين أن السكوت فى حالات معينة يكون محرما ومحظورا وذلك فى كل حالة يرد فيـها النص بوجوب الكلام أو اتخاذ موقف إيجابى، بحيث لا يحل للمســلم حينئــذ أن يظـل ملتزما للصمت إذاء الأمر المسكوت عنه. فحين يرد النص بطلب الفعل أو القول مــن المكلف طلبا جازما فهذا يعنى إيجاب ذلك عليه بحيث يأثم ويعاقب على تركه.

وتطبيقا لذلك: يكون ترك ما وجب على المكلف أداؤه من قول أو فعل والســكوت عنه محرم، سواء أكان ذلك فى مجال العبادات أم المعاملات أم الحدود.

ونسوق فيما يلى بعضا من صور السكوت المحرم.

أولا: السكوت عن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر:

والمقصود بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

المعروف عرف بتعريفات كثيرة وهى وإن كانت مختلفة فى شكلها وصياغتــها، فإنها متفقة من حيث مضمونها فمنها مثلا المعروف هو: " اسم كل فعل يعرف حســنه بالشرع والعقل معا" و " ما عرف بأدلة الشرع أنه من أعمال البر، سواء أجــرت بــه العادة أم لا"[1].

إلى غير ذلك من تعريفات كثيرة للعرف يفهم من مجموعها أن المعروف هو: كل

---

(١) انظر: القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ مجلد (٤) جـ٧ ص٣٠٨، ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق جـ١٠ ص٥٤٠، من تعريفات العرف أيضا: أنه " كل خصلة حسـنة ترتضيـها العقول وتطمئن إليها النفوس وذلك مثل صلة الرحم، وتقوى الله فى الحلال والحرام وغـض الأبصـار" انظر القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق فى ذات الموضع المشار إليه.

كما عرف بأنه " كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقا لنصوص الشريعة الإســلامية ومبادئـها العامة كنصرة المظلوم والتسوية بين الخصوم فى الحكم والدعوى إلى الشورى والحث على كل خير إلى غير ذلك" انظر د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجـع سابق ص١١٠، د/ داود الباز ــ النظم السياسية ــ الدولة والحكومة فى ضوء الشريعة الإسـلامية ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٨ ص٣٢٣.

وعرفه الجرجانى بأنه : " كل ما يحسن فى الشرع " انظر: الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سـابق ص٢٨٣.

قول أو فعل أو كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. فيدخل فى ذلك كل ما عرف بأدلة الشرع أنه من أعمال البر والخير مثل صلة الرحم والحث على تقوى الله تعالى فى الحلال والحرام وغض الأبصار وغير ذلك من كل خصال الخير، ويجمع كل ذلك أن المعروف " يصدق على كل ما أمر الشارع به من قول أو فعل؛ لأن الشارع لا يأمر إلا بما هو خير".

وأما المنكر فله تعريفات كثيرة أيضا منها: " أنه كل معصية حرمتها الشريعة الإسلامية سواء أوقعت من مكلف أم غير مكلف"[1].

أو هو: ما ليس فيه رضا الله تعالى من قول أو فعل"[2].

وقد عرفه أحد أساتذتنا الأجلاء بأنه : " كل محظور أو محذور الوقوع فى الشرع" مفضلا التعبير بـ " محظور الوقوع " على التعبير بالمعصية. بناء على أن المنكر أعم من المعصية ولعدم عد فعل الصبى والمجنون معصية. بناء على القول بأن الفعل لا يكون معصية إلا إذا كان الفاعل مكلفا[3].

وعلى ذلك فالمنكر ضد المعروف.

ويجدر التنبيه إلى أن الأمر بالمعروف قد يكون قولا محضا أو عملا محضا وقد يجتمع القول والعمل معا كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا. كما أن النهى عن المنكر قد يكون قولا محضا وقد يكون فعلا محضا.

ويندرج فى الأمر بالمعروف الأمر بالصلوات الخمس فى مواقيتها وتعاهد المؤذنين والأئمة والأمر بالجماعة، والجمعة، وأداء الأمانة، والصدق، والنصح فى الأقوال والأفعال، ويندرج فى النهى عن المنكر النهى عن الخيانة وتطفيف المكيال والميزان والغش فى الصناعات والبياعات واتخاذ أنواع المسكرات إلى غير ذلك[4].

---

(١) د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١١٠، د/ داود الباز ــ النظم السياسية ــ المرجع السابق ص٣٢٣.

(٢) الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٣.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية مرجع سابق ص١١٠.

(٤) انظر الإمام ابن القيم ــ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ــ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ص١٨٥ و ص١٨٦.

والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب بالكتاب والسنة والآثار والإجماع.

فمن القرآن الكريم آيات كثيرة توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر منها، قوله تعالى : " **ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون**"[1] يقول الإمام الغزالى فى الآية بيان الإيجاب، فإن قوله تعالى " **ولتكن** " أمر، وظاهر الأمر الإيجاب، وفيها أيضا أن الفلاح منوط به[2].

وقوله تعالى: " **الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وأتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهو عن المنكر**"[3].

وقوله تعالى : " **يا أيها الذين أمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين**"[4] يقول الإمام الغزالى أيضا إن ذلك هو الأمر بالمعروف للوالدين والأقربين[5].

إلى غير ذلك من الآيات الكريمة الكثيرة التى تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

ومن السنة النبوية المطهرة أيضا أحاديث كثيرة تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر تؤكد ما ورد بالقرآن الكريم من ذلك:

١- ما روى عن أبى سعيد الخدرى قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده. فإن لم يستطع فبلسانه. فإن لم يستطع فبقلبه. وذلك أضعف الإيمان"[6].

فهذا الحديث صريح واضح الدلالة على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن

---

(١) سورة آل عمران ، آية [١٠٤].

(٢) الإمام الغزالى – إحياء علوم الدين – مرجع سابق – الجزء الثالث ص٣٨٢.

(٣) سورة الحج ، آية [٤١] .

(٤) سورة النساء، آية [١٣٥] .

(٥) الإمام الغزالى – إحياء علوم الدين – مرجع سابق جـ٣ ص٣٨٢.

(٦) مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق جـ١ كتاب الإيمان – باب (٢٠) ص٦٩ وهو حديث أبى بكر قال: أول من بدأ بالخطبة يوم العيد قبل الصلاة مروان – فقام إليه رجل فقال: الصلاة قبل الخطبة. فقال: قد ترك ما هنالك فقال أبو سعيد أما هذا فقد قضى ما عليه – وذكر الحديث كما روى هذا الحديث أبو داود – سنن أبى داود – مرجع سابق – الجزء الرابع – كتاب الملاحم – باب الأمر والنهى ص١٢١، والترمذى – الجامع الصحيح – سنن الترمذى – مرجع سابق جـ٤ – كتاب الفتن ص٤٧٠.

المنكـــــر.

٢- ما رواه حذيفة عن النبى – صلى الله عليه وسلم –أنه قال : " **والذى نفســـى بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منـــه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم** " [(١)].

٣- ما روى عن أبى بكر الصديق ــ رضى الله عنه ــ أنه قال فى خطبة خطبها " أيها الناس إنكم تقرءون هذه الآية وتضعونها على غير موضعها "**عليكــــم أنفســـكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم**" قال خالد: وإنا سمعنا النبى – صلى الله عليه وسلم – يقول " أن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب". وقال عمرو عن ميثم أو إنى سمعت رســـول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول : " ما مـــن قـــوم يعمل فيهم بالمعاصى ثم يقدرون على أن يغيروا ثم لا يغيروا إلا يوشك أن يعمـــهم الله منه بعقاب[(٢)].

٤- ما روى عن عبد الله بن مسعود ــ رضى الله عنه أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قـــال : " ما من نبى بعثه الله فى أمة قبلى إلا كان له من أمته حواريـــون وأصحاب يأخذون بسنته ويقتدون بأمره، ثم إنها تخلف من بعدهم خلوف يقولون مــــالا يفعلون، ويفعلون مالا يؤمرون فمن جاهدهم بيده فهو مؤمن، ومن جاهدهم بلسانه فـــهو مؤمن ومن جاهدهم بقلبه فهو مؤمن، وليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل[(٣)]. ومعنى تخلف ــ تحدث، وأما الخلوف فهو جمع خلف ، وهو الخالف بشر، وأما بفتح اللام فـــهو

---

(١) الترمذى ــ الجامع الصحيح ــ سنـــن الترمذى ــ مرجع سابق جـــ٤ كتاب الفتن ــ باب ما جـــاء فـــى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ص٤٦٨ وهذا الحديث ورد برواية أخرى فى سنن أبـــى داود جـــاء فيها عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –" إن أول ما دخل النقص على بنى إسرائيل كان الرجل يلقى الرجل فيقول: ياهذا اتق الله ودع ما تصنع فإنه لا يحل لك، ثم يلقاه من الغد فلا يمنعه ذلك أن يكون أكيله وشريبه وقعيده فلما فعلوا ذلك ضرب الله قلوب بعضهم ببعض ثم قال: "لعـــن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم " إلى قوله فاسقون " ثم قـــال " كـــلا والله لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدى الظالم ولتأطرنه عن الحق أطـــرا ولتقصرنـــه على الحق قصرا. أو " ليضربن الله بقلوب بعضكم على بعض ثم ليلعننكم كما لعنهم ". انظر أبـــو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق جـــ٤ كتاب الملاحم باب الأمر والنهى ص١١٩ ، ١٢٠.

(٢) أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق ــ جـــ٤ كتاب الملاحم ص١٢٠، وانظر كذلك الـــترمذى ــ الجامع الصحيح ــ سنن الترمذى مرجع سابق جـــ٤ ، كتاب الفتن ص٤٦٧.

(٣) مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق ــ جـــ١ كتاب الأيمان ــ باب بيان كون النهى عن المنكـــر مـــن الإيمان.. ص٦٩ ، ص٧٠.

الخالف بخير، فهذا الحديث ـــ كالأحاديث المتقدمة ـــ دليل واضح على وجوب الأمـــر بالمعروف والنهى عن المنكر.

وقد تواترت الآثار عن السلـف الصالح على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. من ذلك ما ورد عن أبى الدرداء ـــ رضى الله عنه ـــ أنــه قـال : " لتـأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم سلطانا ظالما لا يجل كبـيركم ولا يرحم صغيركم ، ويدعو عليه خياركم فلا يستجاب لهم، وتستنصرون فــلا تنصـرون وتستغفرون فلا يغفر لكم" . وسئل حذيفة ـــ رضى الله عنه ـــ عن ميت الأحياء فقـال: الذى لا ينكر المنكر بيده، ولا بلسانه ، ولا بقلبه[1]. وغير ذلك من الآثار كثـير يؤيـد ويؤكد ما جاء بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، وما انعقد عليه إجماع الأمة.

كما أن الإجماع منعقد على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فقد أجمع المسلمون على أن المنكر واجب تغييره، وأنه فرض على كل من قدر عليـه وأطاقـه وأمن الضرر[2].

وهكذا ، تأكد لنا وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مـن خـلال آيـات القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وأقوال السلف والإجماع، بل إنــه مـن أعظـم الواجبات التى يثاب الإنسان علي فعلها، ويعاقب على تركها، وإذا كان الإنسـان ينـال عليه الثواب إذا كان متوجها إلى آحاد الأمة، فإن الثواب يكون أعظم إذا توجــه هـذا الواجب من آحاد الآمة إلى حكامها كما بين ذلك رسول الله – صلّى الله عليـه وسـلم ذلك فى قوله " إن من أعظم الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر " [3].

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لما يـترتب عليه من نتائج عظيمة تحقق مصالح الأفراد والمجتمعات على حد سواء.

فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وسيلة مهمة من وسائل إصلاح المجتمعـات

---

(١) انظر فى ذلك وفى التعرف على غيره من الاثار: الإمام الغزالى ـــ إحياء علوم الدين ـــ مرجـع سـابق جـ٣ ص٣٨٧ ، ص٣٨٨.

(٢) انظر: القرطبى ـــ الجامع لأحكام القرآن ـــ مرجع سابق ـــ المجلد ٢ جـ٤ ص٤٦، المجلـد ٣ جـ٦ ص١٨٨.

(٣) انظر : الترمذي ـــ الجامع الصحيح ـــ " سنن الترمذي " ـــ مرجـــع سـابق كتـاب الفتـن ـــ جـ٤ ص٤٧١، د/ محمد رأفت عثمان ـــ القضايا الثلاث ـــ تغيير المنكر بالقوة ـــ الخـروج علـى الحـاكم تكفير الدولة ـــ دار الفضيلة ـــ دبي الإمارات ـــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ م ص ٢٣.

وتقويم الإنحراف على مستوى الأفراد حكاما ومحكومين، ومن ثم إصلاح المجتمع عامة. إذ من شأنه أن يحمل الناس على التناصح والتعاون ، وعلى الابتعاد عن المعاصي ، وعلى التناهي عن المنكرات.

كما أن هذا الواجب يعطي الأمة حق الرقابة على أفراد المجتمع حكاما ومحكومين بحيث يجعل كل إنسان رقيبا على غيره من الأفراد أو الحكام. فبإيجابه أصبح الأفراد ملتزمين ومكلفين شرعا بأن يوجه بعضهم بعضا وأن يواجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم فى إطار الشريعة الإسلامية وسماحتها. هذا التوجيه أساسه الأمر بالمعروف. والنقد أساسه النهي عن المنكر. فإذا كان حكم الحكام وأعمالهم توافق أحكام شريعة الله فلا حق لأحد أن يعترض، وإلا فواجب الأمة أن تنبه الحكام إلى ما وقعوا فيه من خطأ ، وتطالب بإصلاحه على وفق القواعد التى بينتها شريعة الإسلام[1].

وأهمها أن يكون بالحكمة والموعظة الحسنة امتثالا لقوله تعالى : " **أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن** "[2].

كما أن فى إيجاب الآمر بالمعروف والنهي عن المنكر إخمادا للفتن والشرور يقول الإمام ابن تيمية " .. وإذا كان الكفر والفسوق والعصيان سبب الشر والعدوان، فقد يذنب الرجل أو الطائفة ويسكت آخرون عن الأمر والنهي فيكون ذلك من ذنوبهم وينكر عليهم آخرون إنكارا منهيا عنه فيكون ذلك من ذنوبهم فيحصل التفرق والاختلاف والشر وهذا من أعظم الفتن والشرور قديما وحديثا.. " [3]. ففى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على وفق قواعد الشريعة سدا لذلك.

لذلك وصف الله تعالى نبينا – صلى الله عليه وسلم – بقوله تعالى : " .. يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث "[4]. فهذا وصف مدح وبيان لكمال رسالته، فإنه – صلى الله عليه وسلم – هو الذى أمر الله على

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١٠٩-١١٠، د/ محمد رأفت عثمان ــ القضايا الثلاث ــ مرجع سابق ــ ص ٢١- ٢٢ .

(٢) سورة النحل آية [١٢٥].

(٣) انظر الإمام أحمد بن تيمية ــ مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ــ جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ــ دار الرحمة للنشر والتوزيع ــ القاهرة ــ بدون تاريخ المجلد الثامن والعشرون ص ١٤٢.

(٤) سورة الأعراف ، آية [١٥٧].

لسانه بكل معروف، ونهى عن كل منكر وأحل كل طيب وحرم كل خبيث، وبه- صلى الله عليه وسلم - كمل دين الله المتضمن للأمر بكل معروف والنهي عن كل منكر وإحلال كل طيب وتحريم كل خبيث. فتحريم الخبائث يندرج فى معنى "النهي عن المنكر" كما أن إحلال الطيبات يندرج فى الأمر بالمعروف[1].

كما وصف الله تعالى الأمة ومدحها بما وصف به نبيها - صلى الله عليه وسلم- فى قوله تعالى: " **كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** " [2]. فقد مدح الله هذه الأمة ما أقاموا ذلك واتصفوا به، فإذا تركوا التغيير وتواطئوا على المنكر زال عنهم اسم المدح ولحقهم اسم الذم وكان سببا لهلاكهم[3].

روى أن عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ قرأ هذه الآية : " **كنتم خير أمة أخرجت للناس** " ثم قال : من سره أن يكون من هذه الأمة فليؤد شرط الله فيها[4]. ومن لم يتصف بذلك أشبه أهل الكتاب الذين ذمهم الله بقوله تعالى : " **لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون** " [5].

فنرى أن ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كان سببا لذم بنى إسرائيل ولعنهم، وهذا يدل على أنهم كانوا مأمورين بذلك، يدل على ذلك أيضا قوله تعالى : " **إن الذين يكفرون بآيات الله ويقتلون النبيين بغير حق ويقتلون الذين يأمرون بالقسط من الناس فبشرهم بعذاب أليم** ".[6] يقول الإمام القرطبي : هذه الآية دليل على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كان واجبا فى الأمم المتقدمة[7].

إضافة إلى ما سبق، يكفي فى بيان فضل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن الله تعالى جعل ذلك فرقا بين المؤمنين والمنافقين إذ يقول جل شأنه :

---

(١) ابن تيمية ــ مجموع فتاواه ــ المرجع السابق ــ مجلد ٢٨ ص ١٢١- ١٢٢.

(٢) سورة آل عمران ، آية [١١٠].

(٣) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ مجلد ٢ جـ ٤ ص ١٦٤.

(٤) ابن كثير ــ تفسير القرآن العظيم ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ــ ص ٣٩٦.

(٥) سورة المائدة ، آية [٧٨ - ٧٩].

(٦) سورة آل عمران ، آية [٢١].

(٧) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثاني ــ جـ٤ ص ٤٥.

"والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض يأمرون بالمنكر وينهون عن المعروف "[١]..
"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر.. " [٢].

لكل ما تقدم ، أوجب الله تعالى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وبعث به رسله وأنزل به كتابه، ووصف به نبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - ووصف به هذه الأمة، وفضلها لأجله على سائر الأمم التى أخرجت للناس[٣].

وإذا كانت تلك بعض فضائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فمن الواجب أن نبين ما هو المقصود بالمعروف وما هو المنكر، وما هى أدلة وجوبه، وما هى شروطه ومتى يجوز أو يرخص فى السكوت عنه.

ولكن : إذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا ــ كما بينا ــ فهل هذا الواجب واجبا عينيا بحيث يتعين على كل مكلف أن يقوم به، أو إنه واجب كفائي يلتزم به الجميع من غير تعيين على أحد بعينه بحيث يسقط الإثم عن الكل إذا قام به البعض؟ [٤].

اتفق غالبية الفقهاء على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على

---

(١) سورة التوبة ، آية [٦٧] .

(٢) سورة التوبة ، آية [٧١].

(٣) ابن تيمية ــ الحسبة فى الإسلام ــ مطبعة المؤيد ــ سنة ١٣١٨ هـ ــ ص ٦، ابن القيم .. الطرق الحكمية فى السياسية الشرعية ، دار الكتب العلمية ــ ببيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥ ، ص ١٨٣.

(٤) قد سبق أن بينا أن الواجب ينقسم من حيث المخاطب به أو المكلف بأدائه إلى قسمين : واجب عيني يتوجه الخطاب بالتكليف فيه إلى كل مكلف بحيث يتعين عليه القيام به ولا يسقط عنه بأداء الآخرين مثل الصلاة والصوم.

وإلى واجب كفائي يتوجه التكليف فيه إلى مجموع المكلفين بغرض تحصيل المطلوب من غير نظر للفاعل، بحيث يسقط الإثم إذا قام به البعض مثل الجهاد، وبناء المستشفيات .. وغير ذلك.

أنظر فى ذلك على سبيل المثال : د. عمر عبد الله ــ سلم الوصول إلى علم الأصول ــ مؤسسة المطبوعات الحديثة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩، ص ٤٩.

د. حسين حامد حسان ــ أصول الفقه ــ دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧١ ص ٥٤.

د. محمد أبو زهرة ــ أصول الفقه ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣ ص ٣٥.

د. على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامي ــ دار المثقف العربي سنة ١٩٨٢ ــ ص٣٨٤.

د. عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مكتبة القدس ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ ص ٣٦.

د. رمضان على السيد الشرنباصي ــ أصول الفقه سنة ٢٠٠٠ ص ٢٦٨.

الكفاية أو واجب كفائي [1]. وأن الخطاب فيه إلى مجموع المكلفين من الأمـــة بقصــد إقامته من غير نظر للفاعل ، وهذا يعني انه متى قام به البعض سقط الإثم عن البــاقين، لكن إذا لم يقم به البعض أثم الجميع.

وقد استدل العلماء على انه من الواجبات الكفائية بقوله تعالى : " **ولتكن منكم أمـة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكـــر** .. " [2]. فمـن الآيـــة الكريمة دليل على أنه فرض فى قوله تعالى " **ولتكن** " .

كما تدل على أنه فرض كفاية لأنه واجب على البعض لا على الكل ، لأن " من " فى قوله " منكم " للتبعيض. ومعناه أن الآمرين يجب أن يكونوا علماء وليس كل النـــاس علماء. ولم يقل المولى عزوجل : كونوا كلكم آمرين بالمعروف، بل قال : " ولتكن منكم أمة ، فإذا مهما قام به واحد أو جماعة سقط الحـــرج والإثم عــن الآخريــن واختــص الفلاح بالقائمين به المباشرين وإن تقاعد عنه الخلق أجمعون عم الحرج القادرين عليـــه كافة كما أن الله تعالى قد عين هؤلاء الذين يقع عليهم القيام بهذا الواجب فى قوله تعالى: " **الذين إن مكنــاهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونـــهوا عن المنكر**" [3] فليس كل الناس مكنوا فى الأرض [4].

ويرى بعض العلماء انه واجب عيني على كل واحد من أفراد المســلمين وليــس واجبا كفائيا. ويشبهونه بفريضة الحج فهو فرض عيني ولكن على المستطيع وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أكبر من فريضة الحج.. ولم يشترطوا فيها الاستطاعة، لأنها دائما مستطاعة. فالاستطاعة فى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكـر ممكنة لجميع الأفراد. فالـناصل يستطيع أن يأمر بالمعروف بما هو ظاهر كأداء الصلاة والصـــوم ـ كما يستطيع أن ينهي عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا. والعالـم

---

(١) انظر : ابن تيمية ـ الحسبة فى الإسلام ـ مرجع سابق ص ٦ ، ومجموع فتاوى بن تيميـة ـ مرجـع سابق جـ ٢٨ ص ١٢٦.
ابن القيم ـ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ـ مرجع سابق ص١٨٤ ، الإمام الغزالـي ـ إحيـاء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٨٢.
(٢) سورة آل عمران ، آية [١٠٤] .
(٣) سورة الحج ، آية [٤١] .
(٤) انظر فى ذلك القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ مجلد ٢ ، جـ٤ ص١٥٧، والإمـام الغزالي ـ إحياء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٣٨٣، د/ رمضـان علـى السـيد الشـرنباصي السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص ١١٢، د/ محمد رأفت عثمـان ـ القضايـا الثلاث ـ مرجع سابق ص ٢٤.

يستطيع أن يأمر بالمعروف ، وينهي عن المنكر فيما هو ظاهر أو خفي[1].

وقد استدل هؤلاء على انه واجب عيني بأن المعني المستفاد من قولـــه تعـــالى : "ولتكن منكم أمة " إنما هو لبيان الجنس، والمعني : لتكونوا كلكـــم كذلـــك[2]، كمـــا أن التعبير القرآني فى الآية الكريمة يدل على التخصيص مجازا وليس على سبيل الحقيقـــة وذلك نظير قوله تعالى : " **يغفر لكم من ذنوبكم** " والمعني يغفر لكـــم ذنوبكـــم. ولكـــن الرأى الراجح ما ذهب إليه القائلون بأنه على الكفاية[3].

ولكن ليس معنى كونه فرض كفاية أنه يسقط بمجرد تحميله للبعض من العلماء أو القادرين عليه. وإنما هو واجب يجب أداؤه، فإن لم يؤد يأثم الجميع.

ومع كونه واجبا كفائيا ــ طبقا للرأى الراجح ــ فإنه يصير إلى واجب عيني على القادر الذى لم يقم به غيره من ذوى الولاية والسلطان أو من عامة الناس[4].

كما يتحول واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلى واجب عيني فى حالـــة كون الإنسان فى موضع لا يعلم به إلا هو كوجود عالم فى بيئة تجهل أمور الديـــن، أو كان لا يوجد أحد يمكنه أن يزيل المنكر إلا هو كرئيس الدولة فـــى بعـــض الأحـــوال، وكالزوج الذى يرى زوجته تخالف الشرع فى تصرفاتها، أو يرى بعض أولاده كذلـــك فهو وحده الذى له سلطة القيام بتغيير المنكر[5].

---

(1) يرى الشيعة الإمامية أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان على الأعيان فى الراجـــح عندهـــم انظر : الحلي المختصر النافع فى فقه الإمامية ص١١٥، انظر : د/ رمضان على الســـيد الشـــرنباصي السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص ١١١.

(2) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ المرجع السابق ــ مجلد ٢ جـ٤ ص١٥٧.

(3) انظر : د/ محمد رأفت عثمان ــ القضايا الثلاث ــ مرجع سابق ص ٢٤.

(4) ابن تيمية ــ الحسبة فى الإسلام ــ مطبعة المؤيد سنة ١٣١٨ هـ، ص٦ ، ابن القيم ــ الطرق الحكميـــة فى السياسة الشرعية ــ مرجع سابق ص ١٨٤.

(5) انظر د/ محمد رأفت عثمان ــ القضايا الثلاث ــ مرجع سابق ص ٢٥.

وإذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا كفائيا، فإنه يتعين القيام به من كل من يســـتطيع ذلك إلا انه حتى يحقق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ثمرته المرجوة، اشترط الفقهاء فيمن يقوم بهذا الواجب شروطا معينة منها : أن يكون مكلفا ، مؤمنا ، قادرا على ذلك، والمراد هنا المقدرة الحســـية أو المادية، والمقدرة العلمية كذلك وقدرة الحجة والإقناع، كما يشترط ــ عند بعض الفقهاء ــ أن يكون هناك إذن من الإمام أو الحاكم أو من ينيبه بحيث يمكن اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ولأن تركها إلـــى الأفراد دون قيد أو شرط من شأنه إثارة الفتن.

كما اشترط بعض الفقهاء أيضا فيمن يقوم بذلك أن يكون عدلا إذ لا يصح أن يكون الآمر بـــالمعروف والناهي عن المنكر فاسقا بدليل قوله تعالى " **أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم** " سورة البقرة آية ==

خــلاصــة : لما كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبا ــ على نحو ما بينا ــ فإنه يترتب على ذلك ضرورة القيام بها، **وعدم السكوت عنه**، طالمــا توافــرت الشروط اللازمة لذلك، **لأن السكوت في هذه الحالة محرم شرعا**. وذلك إذا لــم توجــد حالة من الحالات التي يرخص فيها بالسكوت عن الأمــر بــالمعروف والنــهي عــن المنكــر. فقد أوجب العلماء السكوت عن ذلك إذا كان سيترتب عليه ضرر مؤكد بــأن كان يخشى الإنسان على نفسه القتل عند تغيير المنكر.

وقد استدل العلماء على وجوب السكوت في هذه الحالة بما ورد في القرآن الكريم في قصة سيدنا موسى وأخيه هارون عليهما السلام حيث يقول المولى سبحانه : **" ولمــا رجع موسى إلى قومه غضبان آسفا قال بئسما خلفتموني من بعدي أعجلتم أمر ربكــم وألقى الألواح وأخذ برأس أخيه يجره إليه قال ابن أم إن القوم اســتضعفوني وكــادوا يقتلونني "** [1]. فعندما رجع موسى إلى قومه ووجدهم قد فتنوا بالعجل وغضــب لذلــك غضبا شديدا.. وألقى الألواح.. وأخذ برأس أخيه يجره إليه. والشاهد أن هارون ــ عليه السلام ــ بين سبب سكوته عن مقاومتهم وعدم نهيهم عــن ذلــك بقولــه: " إن القــوم استضعفوه وكادوا يقتلونه فسكت خوفا على نفسه من القتل ". فأخذ العلماء من ذلك دليلا

==[٤٤] . وقوله تعالى **" يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون "** سورة الصف ــ آية [٣٢].

غير أن الراجح عدم اشتراط ذلك، فيجوز للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهي عن المنكــر؛ لأن فــي اشتراط العدالة وكمال الحال سدا لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما يشــترط أن يتــم دفــع المنكر بأيسر ما يندفع به.

ويشترط للقيام بذلك أن يوجد منكر أي " محظور الوقوع شرعا " وأن يكون موجودا في الحــال، وأن يكون ظاهرا بلا تجسس. وفي هذا الصدد أورد الإمام الغزالي قصة عمر ــ رضي الله عنه ــ حيث ورد أنه تسلق دار رجل فرآه على حال مكروهة فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت قد عصيــت الله من وجه واحدة فأنت عصيته من ثلاثة أوجه . فقال : وما هي ؟ فقال : قد قال تعالى " ولا تجسسوا " وقد تجسست . وقال تعالى : **" وأتوا البيوت من أبوابها "** وقد تسورت من السطح. وقال تعالى **" ولا تدخلــوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها "** وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة" .

راجع في ذلك وفي شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الإمام الغزالي ــ إحياء علوم الديــن جــ٣ ص ٣٨٨ وما بعدها ، القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق مجلد ٢ جــــ٤ ص ٤٦ د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام ــ مرجع سابق ص١١٨، د/ محمــد رأفت عثمان ــ القضايا الثلاث ص ٢٥ وما بعدها.

(١) سورة الأعراف ، آية [١٥٠].

على وجوب ترك النهي عن المنكر والسكوت عنه عند خشية القتل[1]. وفى هذه الحالة لا يبقى أمام الإنسان سوى أن ينكر بقلبه وبذلك يكون قد حقق النهي عن المنكر قدر استطاعته ورخص له فى ترك واجب التغيير باليد وكذلك باللسان [2].

كذلك يجب السكوت عن هذا الواجب والاكتفاء بالإنكار بالقلب إذا كان يخشى حدوث فتنة أو شر بسبب القيام بواجب الإنكار على مرتكب المنكر باليد أو اللسان حيث سيترتب على إنكاره ضرر أعظم، كما تجوز طاعة الأمير الجائر إذا كان سيترتب على الخروج عليه شر أعظم، وتلك المسألة خرجها العلماء على قاعدة " **الضرر لا يزال بالضرر** " وما يتعلق بها من أن " **درء المفاسد أولى من جلب المصالح** " و، " **إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما** " و " **يختار أهون الشرين**"[3]. ومعنى ما تقدم : أنه إذا كانت هناك مصلحة مبتغاة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن تحقيقها سيترتب عليه مفسدة أكبر منها فإنه يجب فى هذه الحالة السكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويكتفي بمجرد الإنكار بالقلب[4].فإذا كان فعل المنكر ضاراً بالمجتمع ولكن يترتب على تغييره ضرر أكبر فإنه يتحمل

---

(١) ابن العربي ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق جــ١ ص ٣٢٦، القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مجلد ٤ جــ٧ ص ٢٦٠.

(٢) د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى اصول الفقه ــ مرجع سابق ص ٥٣، د/ محمد رأفت عثمان ــ القضايا الثلاث ــ مرجع سابق ص ٢٥.

(٣) راجع فى القواعد المتقدمة وشروحها على سبيل المثال : د/ على أحمد الندوي ــ القواعد الفقهية مرجع سابق ص٣١٣، ص٣٨٨، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٩٣ ،ص ٢٤٠ وما بعدها ، د/ محمود عبد الله العكازي ــ شرح القواعد الفقهية سنة ١٩٩٨ ص ١٦٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي الطبعة الثالثة ص ٣١٣، د/ عبد العزيز محمد عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مكتبة الرسالة الدولية ــ الشرقية ــ سنة ١٩٩٩ ، ص ١٨١ وما بعدها.

(٤) وفى ذلك يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام : " إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فى قوله : " **فاتقوا الله ما استطعتم** " وإن تعذر الجمع ــ الدرء والتحصيل ــ فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة. انظر : العز بن عبد السلام ــ القواعد الصغرى ــ مرجع سابق ص٤٩، د/ على الندوي القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٣١٤، ويقول الإمام ابن تيمية : " إذا تعارضت المصالح والمفاسد فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر فى المعارض له. فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته واعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو ميزان الشريعة " . ابن تيمية ــ مجموع الفتاوي ــ مرجع سابق جــ٢٨ ص ١٢٩ ==

الضرر الأخف ويترك النهي وهذا معني أن يختار أهون الشرين.

ثانيا: السكوت عن الشهادة:

من صور السكوت المحرم شرعا أيضا سكوت ـ امتناع الشاهد أو تركه أو كتمانه ـ عن شهادة واجبة عليه إذ إن السكوت فى هذه الحالة يكون محرما يأثم به ويعاقب.

والشهادة فى اصطلاح الفقهاء لها تعريفات كثيرة حسبنا منها ما يفي ببيان المقصود من الشهادة دليلا لإثبات الحقوق، وهى بهذا المعني : " إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه "[1].

== وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن نظام الحسبة الذى كان معروفا فى صدر الدولة الإسلامية كان يناط به أداء واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فالحسبة ما هى إلا أمر بمعروف ظهر تركه ونهى عن منكر ظهر فعله. وهى من الولايات الإسلامية بل إن جميع الولايات الإسلامية كان مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد باشر الرسول - صلى الله عليه وسلم -دور المحتسب وباشره صحابته ـ رضوان الله عليهم ـ من بعده . وقد ظل لها نظام الحسبة قائما طوال عهد الدولة الإسلامية. وارتقى فى عهد الفاطميين ثم تطورت النظم وارتقت وصار هناك سلطة عليا تمثل المجتمع وهى النيابة العامة وأصبح لها سلطة رفع دعاوى الحسبة. وفى مصر صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم مباشرة دعوى الحسبة. راجع فى كل ذلك : ابن القيم ـ الطرق الحكمية ـ مرجع سابق ص ١٨٤، الماوردي ـ الأحكام السلطانية ـ دار الكتب العلمية ببيروت ـ طبعة جديدة بدون تاريخ ص٢٩٩، الغزالي ـ إحياء علوم الدين ـ جـ٣ ص٣٨٨، د/ محمد سلام مدكور ـ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص١١٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامي ـ مطبعة الأمانة ـ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤ هـ ص٧٧ وما بعدها ، د/ نبيل إسماعيل عمر ـ الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ دار الجامعة الجديدة للنشر ـ الإسكندرية سنة ٢٠٠١ م.ص٢٦١ وما بعدها.

(١) هذا التعريف هو تعريف المالكية انظر : الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص١٦٤، الدردير ـ الشرح الصغير ـ مرجع سابق جـ٤ ص٣١، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ٢ ص٣٤٨، وللشهادة تعريفات كثيرة أخرى تتفق من حيث مضمونها مع تعريف المالكية إلا أنها تختلف من ناحية الصياغة فقط وذلك لاختلاف الفقهاء فى مدى اشتراط الفقهاء أن تؤدي الشهادة بلفظ خاص مثل: أشهد أو شهدت . وهو رأى الحنفية والشافعية. لذلك عرفها الحنفية بأنها " إخبار صدق لإثبات حق في مجلس القضاء " انظر / محمد علاء الدين أفندي ـ قرة عيون الأخيار ـ مرجع سابق جـ١ ص٤٠، وعرفها الشافعية بأنها : " إخبار عن شئ بلفظ خاص " انظر : البجرمي ـ حاشية البجرمي على المنهج ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٠ جـ٤ ص٣٧٤ الرملي ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ـ مرجع سابق جـ٧ ص٢٩٢، وانظر فى تعريف الشهادة أيضا د/ عبد الودود السريتي ـ الشهادة فى الشريعة الإسلامية ـ شروط الشاهد ـ بحث مقارن سنة ١٩٨٥ص٤ ،د/ كمال جودة أبو المعاطي ـ توثيق الدين بالكتابة والشهادة ـ مرجع سابق ص٤٤ د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ـ الإثبات بالشهادة فى الفقه الإسلامي ـ دراسة فقهية قانونية مقارنة ==

والشهادة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. شرعها الله تعالى إظهارا وبيانا للحقوق، وحفظا وصيانة لها، وسمى النبي – صلى الله عليه وسلم – الشاهد شاهدا، لأنه بين عن الحاكم الحق من الباطل، كما سمى الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم، وإرتفاع الإشكال بشهادتهم، فهي بينة لأنها تبين الحق وتظهره[1].

كما شرعت الشهادة أيضا منعا للتجاحد تحفظ للناس حقوقهم، ويعتمد القضاة عليها فى إصدار أحكامهم، كما شرعت أيضا رفقا بالعباد ودفعا للحرج عنهم، إذ الحاجة ماسة إليها فى مختلف الميادين فى مجال العلاقات الاجتماعية، والمعاملات المالية وكذلك فى مجال الاعتداءات الجنائية[2]، وكذلك فى الأمور العامة كرؤية هلال الشهر وما يترتب عليه من أمور كوجوب الصيام ، والوقوف بعرفة، وتمام عدة، أو كفارة ، أو تمام أجل الدين، ونحو ذلك[3].

ودليل هذه المشروعية من الكتاب : قوله عز وجل " **واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** " [4]. وقوله عز وجل : " **وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله** " [5]، وقوله تعالى : "**وأشهدوا إذا تبايعتم** " [6] . وغير ذلك من الآيات الكريمة التى أمر الله تعالى فيها بالإشهاد، فلو لم تكن الشهادة حجة عند التنازع يحكم بمقتضاها لأحد المتنازعين لكان الأمر بها ضربا من العبث وأحكام الشرع مصانة عن ذلك[7].

=رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة سنة ١٩٨٩ ص ١١ وما بعدها، د/ محمد رافت عثمان ـ القضاء فى الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٢ ص١٦٦ وما بعدها، وتعريفات الفقهاء للشهادة تتفق مع معناها فى اللغة وهى خبر قاطع تقول أشهد بكذا أى أحلف. انظر فى ذلك ـ الرازي ـ مختار الصحاح ـ مرجع سابق ص ٣٤٩ مادة شهد ، د/ وهبة الزحيلي ـ العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات ـ كلية الدعوة الإسلامية ـ بدون تاريخ جـ٤ ص٢٧٣، فالشهادة مفرد شهادات مشتقة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شهده. انظر البهوتي ـ الروض المربع ـ مرجع سابق جـ٢ ص ٤١٥.

(١) الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق جـ٤ ص١٦٤، ابن فرحون ـ تبصرة الحكام ـ مرجع سابق جـ١ ص ٢٠٩، الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ دار الفكر ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ جـ٦ ص٤٢٨، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ٢ ص ٣٤٧.

(٢) د/ عبد الودود السريتي ـ الشهادة فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ٣٥، د/ أحمد فراج حسين أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٤١.

(٣) الدردير – الشرح الصغير – مرجع سابق جـ٤ ص٣١،الصاوي – بلغة السالك– مرجع سابق جـ٢ ص٣٤٨.

(٤) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].

(٥) سورة الطلاق ، آية [٢].

(٦) سورة البقرة ، آية [٢٨٢].

(٧) د/ عبد الودود السريتي ـ الشهادة فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ـ ص ٣٣.

وقد ورد فى السنة النبوية أحاديث كثيرة تؤكد ما ورد فى القرآن الكريم بشأن مشروعية الشهادة منها : ما أخرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر (أو فى شئ) فأختصمنا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : شاهداك أو يمينه فقلت له إذا يحلف ولا يبالي . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - من حلف على يمين يقتطع بها مالا وهو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان. فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقترء هذه الآية : " **إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم**" [١]. وما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى باليمين مع الشاهد الواحد[٢]. فهذان الحديثان يدلان مع غيرهما على مشروعية الشهادة وحجتها فى مجال الإثبات، لذلك فقد اجمعت الأمة على أن الشهادة حجة مشروعة يعتمد عليها فى بناء الأحكام. وفى الإخبار أمام الحاكم وغيره[٣].

وما يعنينا فى هذا المقام أنه متى كانت الشهادة واجبة فإن **السكوت عنها** يكون حراما، سواء أكان ذلك فى مرحلة التحمل أم مرحلة الأداء، ذلك لأن للشهادة مرحلتين. الأولى: **مرحلة التحمل**، ويقصد بتحمل الشهادة أن يدعي الشخص ليشهد ويستحفظ الشهادة[٤]. وهذا يعنى علم الشاهد بالحادثة محل الشهادة عند حصولها وفهمه لها

---

(١) الحديث رواه البخاري ومسلم بروايات متعددة . انظر : ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ٥ ص٣٤٣ كتاب الشهادات ، مسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص١٢٢-١٢٣ كتاب الأيمان الشوكاني ـ نيل الأوطار ـ مرجع سابق ـ جـ٧ ص٣٠٢ - ٣٠٣، الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٤ ص ١٤٨٦ ، والآية الكريم سورة آل عمران ، آية [٧٧].

(٢) الترمذي ـ الجامع الصحيح ـ سنن الترمذي ـ مرجع سابق جـ٣ ص٦١٨، كتاب الأحكام ، أبو داود ـ سنن أبي داود ـ مرجع سابق جـ٣ ص٣٠٧ كتاب الأقضية. وقد وردت أحاديث كثيرة أخرى فى إطار مشروعية الشهادة منها : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - فى خطبته " البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه " وفى رواية " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " وما روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : الرجل " ترى الشمس؟ " قال : نعم . قال : على مثلها فأشهد أو دع " . انظر فى ذلك : الترمذي ـ الجامع الصحيح ـ مرجع سابق جـ٣ ص٦١٧ كتاب الأحكام ـ حديث رقم : ١٣٤١ الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٤ ص١٤٨٤ باب الدعاوى والبينات ، جـ٤ ص١٤٨١ الشهادة على ما استيقن وبالإفاضة باب الشهادات.

(٣) انظر د/ وهبة الزحيلي ـ العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات ـ مرجع سابق ص ٢٧٤، د/ أحمد فراج حسين ـ أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي ـ ص ٤١، د/ عبد الودود السريتي ـ الشهادة فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ٣٤، د/ محمد رأفت عثمان ـ القضاء فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ١٦٦.

(٤) انظر : ابن فرحون ـ تبصرة الحكام ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٢٠٥ ، وقد عرف التحمل أيضا بأنه: " الإحاطة بما ستطلب الشهادة منه به فيه " . انظر : حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ـ مطبوع مع نهاية المحتاج للرملي ـ مرجع سابق جـ٧ ص٣٢٠.

وإحاطته بها على وجه صحيح يرتب عليه أثرها[١]. وهذا يصدق بالمشاهدة، أو السماع أو ما إلى ذلك من كل ما يؤدي إلى العلم اليقيني بالحادثة محل الشهادة مما يصلح أن يترتب على هذا العلم حقوق أو واجبات للغير أو عليه.

وأما المرحلة الثانية فهى مرحلة الأداء : أى أداء الشهادة وهو " أن يدعي الشخص ليشهد بما علمه واستحفظ إياه[٢] ". وتلك مرحلة إعلان الشهادة وإظهارها لأن الشاهد يشهد بما تحمله أمام القضاء أى يخبر عما شاهده، أو علمه بنفسه حيث يحكم بمقتضى تلك الشهادة[٣].

والشهادة فى مرحلتيها ــ **التحمل والأداء** ــ فرض على الكفاية . يعني إذا قام بها البعض سقطت عن الباقين. وإن تركها الكل يأثم الجميع لضياع الحق. وهذا الواجب الكفائي يصير واجبا عينيا، إذ تعين حيث لم يوجد إلا من يكفي للشهادة لتحملها، فهنا تتعين الشهادة ، حيث يفتقر إلى ذلك ويخشى تلف الحق أو فواته بعدم الشهادة. فإن كان الرجل فى موضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين الفرض عليه خاصته[٤]. وفى هذا الصدد يقول ابن مودود الموصلي الحنفي : " من تعين لحمل الشهادة لا يسعه أن يمتنع إذا طولب لما فيه من تضييع الحقوق ولا بأس بالتحرز عن التحمل " [٥]. وهذا يعني أن

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام ــ مرجع سابق ص١٣٢ د/أحمد فراج حسين ــ أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٤٦، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي ــ مجلس العقد فى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ــ رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر القاهرة ــ دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م ص١٨٨.

(٢) ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٠٦، د/ أحمد فراج حسين ــ أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤٨.

(٣) د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام ــ مرجع سابق ص١٣٢، د/ جابر عبد الهادي سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص ١٨٨.

(٤) ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٠٥، ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ المكتبة الثقافية ــ بيروت ــ بدون تاريخ ص٢٠٥، البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤١٥ الماوردي ــ الحاوي الكبير فى مذهب الإمام الشافعي ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت الطبعة الأولى جـ١٧ ص٥٠، النفراوي ــ الفواكه الدواني على رسالة القيرواني ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ جـ٢ ص٣٠٤، البجرمي ــ حاشية البجرمي ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٣٨٧ ، الرملي ــ نهاية المحتاج ــ مرجع سابق جـ٧ ص٣٢٠، د/ وهبة الزحيلي العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات ــ مرجع سابق ص٢٧٤.

(٥) ابن مودود الموصلي : الاختيار لتعليل المختار ــ دار المعرفة للطباعة والنشر ــ بيروت ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ المجلد الأول جـ٢ ص ١٣٩.

تحمل الشهادة قد يصير واجبا عينيا على من تعينت عليه .

وكذلك تجب الشهادة في مرحلة أدائها وجوبا عينيا على من تحملها إذا تعين لذلك. كأن لا يوجد لموضوع الشهادة إلا شاهدان لأن الشهادة؛ لم يتحملها سواهما أو لأن غيرهما ــ ممن تحملها ــ قد مات، أو جن ، أو غاب ، أو لأن طالب الشهادة طلب منهما الأداء بأعيناهما، فإن أداءها يكون واجبا عليهما لتعينهما. أو إذا علم الشاهد أن الحادثة لم يشاهدها غيره فهنا تكون الشهادة واجبة متعينة عليه إحياء للحق وعليه أن يعلم صاحب الحق بشهادته[1].

وعلى ذلك فإذا كان على الحق شهود فإن طلب من واحد منهم أو من اثنين أو لم يكن إلا هما أو واحد، والحق يثبت به ويمين فيكون فرض عين وإلا أفضى إلى ترك الواجب، متى كان في مقدوره أداء الشهادة بلا ضرر يلحقه في بدنه، أو عرضه، أو ماله ، أو أهله[2]. فإذا كانت الشهادة واجبة عينا على من تعين لها تحملا وأداء فإن سكوته عليها يكون محرم شرعا.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مفهوم الشهادة في القانون الوضعي وفقهه لا يخرج عنه في الفقه الإسلامي على نحو ما ذكرنا.

حيث يعتد بها في مجال الإثبات في المواد المدنية والتجارية وكذلك في مجال الإثبات الجنائي. وهي تعرف في مجال المواد المدنية والتجارية بأنها : " إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر"[3]. وتعرف في مجال الإثبات الجنائي بأنها : " ما يدلي به الغير من أقوال في شأن واقعة منتجة في الدعوى".

---

(١) انظر : د/ أحمد فراج حسين ــ أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٤٨-٤٩، د/ وهبة الزحيلي ــ العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات ــ مرجع سابق ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٢) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق مجلد ٢ جـ٣ ص٣٢٧ــ، البجرمي ــ حاشية البجرمي ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٣٨٧، ابن جزى ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٢٠٥ البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤١٥، الماوردي ــ الحاوي ــ مرجع سابق جـ١٧ ص٥٠ ،الحجاوي المقدسي-الاقناع ــ دار عالم الكتب الرياضي ــ الجزء الرابع ص٣٩٠.

(٣) انظر: د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ــ دار النشر للجامعات المصرية سنة ١٩٥٦ جـ٢ نظرية الالتزام والإثبات هامش ص٣١٢، د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ــ الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٢.

أو " تقرير الشخص لما يكون قد سمعه أو رآه بنفسه أو أدركه على وجه العموم"[1].

فلا يختلف معنى الشهادة – دليلا للإثبات – فى القانون الوضعى عما هو مقدر فى الفقه الإسلامى، كل ما هنالك أن القانون الوضعى لا يشترط أن تتم الشهادة بلفظ معين مخصوص موافقا بذلك الراجح فى الفقه الإسلامى. كما يلاحظ أن القانون الوضعى لا يفرق بين حالتى تحمل الشهادة وأدائها على نحو ما هو معلوم فى الفقه الإسلامى. – كما يلاحظ أن القانون الوضعى أيضا وبخاصة القانون الجنائى منه يجرم كتمان الشهادة، بحيث يلزم بأداء الشهادة وإلا كان مخالفا لنصوص القانون. ومن ثم يستوجب توقيع العقاب عليه مالم يكن ممنوعا من أداء الشهادة أو كان أداء تلك الشهادة يتعارض مع التزامه بكتمان السر الملقى على عاتق الأمناء على الأسرار إذا ما دعو للشهادة[2].

فكأن السكوت عن الشهادة الواجبة محرم شرعا ومجرم قانونا.

– **كتمان العلم** – يلحق بالسكوت أو الكتمان المحرم كذلك، كتمان العلم. ورد التعبير عن ذلك فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: " **إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون**"[3]. فالكتمان ، ترك إظهار الشئ مع الحاجة إليه، وحصول الداعى إلى إظهاره لأنه متى لم يكن كذلك لا يعد كتمانا، ولما كان ما أنزله الله من البينات والهدى من أشد ما يحتاج إليه فى الدين وصف من علمه ولم يظهره بالكتمان[4]. ولذلك، جاء فى الحديث الشريف، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال :" من سئل عن علم ثم كتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار"[5].

---

(١) د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم – الإثبات بالشهادة فى الفقه الإسلامى – مرجع سابق – ص١٣ د/عوض محمد عوض – المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية – دار المطبوعات الجامعية – إسكندرية سنة ١٩٩٩ ص٦٧٥.

(٢) قد بين قانون الإجراءات الجنائية هذه الواجبات وحدد الجزاء المترتب على مخالفتها فى المواد من: ٢٧٩ إلى ٢٩٠ ولمعرفة المزيد من التفاصيل فى ذلك. راجع على سبيل المثال: د/ أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون العقوبات – القسم الخاص – الطبعة الرابعة – سنة ١٩٩١ ص٧٩٠،ص٧٩١، د/عوض محمد عوض – المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية – مرجع سابق – ص٦٧٧ وما بعدها.

(٣) سورة البقرة، آية [١٥٩].

(٤) الرازى – التفسير الكبير – دار الغد العربى سنة ١٩٩٢ جـ٤ ص١٦٢.

(٥) الترمذى – سنن الترمذى – " الجامع الصحيح " – مرج سابق – جـ٥ ص٢٩، الطبرانى – المعجم الأوسط – مرجع سابق – جـ٣ ص١٥٣.

وجاء فى تفسير الآية الكريمة أيضا، أن الكتمان هنا بمعنى السكوت عن إبلاغ الحق الذى يعرفونه ، ويكتمون الأقوال التى تقرره ، وهم على يقين منها ويجتنبون آيات فى كتاب الله لا يبرزونها بل يسكتون عنها ويخفونها(١).

وعكس الكتمان ، البيان والإظهار ، فالكتمان يمكن أن يكون بعدم الكلام، أو بالفعل كالحذف، والتأويل ، والتحريف. لذلك فالبيان يكون بالقول والإظهار بالفعل أيضا كالكتابة ، فالبيان عكس الكتمان بدليل قوله تعالى : " **إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا**"(٢) أى بينوا ما كانوا يكتمونه ، أو بينوا إصلاحهم، وجاهدوا بعملهم الصالح وإظهاره للناس(٣).

وقد استدل العلماء من الآية الكريمة على عصيان كل من كتم الحق والعلم، وترك ما أوجب الله بيانه ، وهو الراجح ، لأن الاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فالعالم إذا قصد الكتمان عصى ، وإن لم يقصده لم يلزمه التبليغ إذا عرف أن معه غيره(٤).

---

(١) انظر: سيد قطب ــ فى ظلال القرآن ــ دار الشروق سنة ١٩٨٥ ــ المجلد الأول ص١٥٠، وورد فى سبب نزول الآية الكريمة: أنها نزلت فى شأن أهل الكتاب الذين كانوا يكتمون ــ أى ينكرون ــ البشارة ــ بنبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - وينكرون إخبار أنبيائهم عنه فهم يكتمون الحق بعد ما بينه الله لهم فى الكتاب، ومنه أيضا، قوله تعالى: " **وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه**" آل عمران/٨٧ ، راجع الطبرى ــ جامع البيان فى تفسير القرآن ــ المطبعة الأميرية الكبرى ــ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٣ هـ جـ١ ص٣٢ ، ابن العربى ــ أحكام القرآن ــ مطبعة السعادة ــ الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ. جـ١ ص٢١ ، البيضاوى ــ أنوار التنزيل وأسرار التأويل ــ شركة مكتبة مصطفى البابى الحلبى ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨م جـ١ ص٩٢، الجصاص ــ أحكام القرآن ــ المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧هـ جـ١ ص١١٥ باب النهى عن كتمان العلم.

(٢) سورة البقرة، آية [١٦٠] .

(٣) محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم - مطبعة المنار - الطبعة الثانية - بدون تاريخ جـ٢ ص٤٩.

(٤) ابن العربى- أحكام القرآن - مرجع سابق - جـ١ ص٢١، الجصاص - أحكام القرآن - مرجع سابق جـ١ ص١١٥، ص١١٦، باب النهى عن كتمان العلم، الشوكانى-فتح القدير-دار المعارف بيروت بدون تاريخ جـ ١ ص١٦١، القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الأول ــ ص١٧٣.

فقد تضافرت الأدلة فى القرآن الكريم مع الآية المذكورة فى المتن على النهى عن كتمان العلم، والحق وكل ما أوجب الله بيانه فى ذلك: قوله تعالى: " **إن الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار...**" البقرة/١٧٤، وقوله تعالى : " **وإذا أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه**" آل عمران /١٨٧. هذه الآى كلها موجبة لإظهار علوم الدين وتبيينه للناس زاجرة عن كتمانها، ومن حيث دلت على لزوم بيان المنصوص عليه فهى موجبة أيضا لبيان المدلول عليه منه وترك كتمانه.. وذلك يشتمل على سائر أحكام الله ==

ثالثا: السكوت الذى يعد تدليسا :

من صور السكوت المحرم شرعا أيضا، السكوت الذى يعده الفقهاء تدليسا وذلك يكون بكتم عيب[1] فى السلعة أو محل التعاقد عموما بالنسبة للعقود التى يؤثر فيها وجود العيب، وبعبارة أخرى، العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف مثل عقود المعاوضات[2] ، التى يأخذ فيها كلا المتعاقدين مقابلا لما يعطى، فحيث يوجد بالسلعة محل التعاقد عيب غير ظاهر يتعمد عدم إظهاره وتبيينه للمتعاقد الآخر، بل يتعمد إخفاءه والفرض أنه عيب مؤثر ينقص به الثمن، أو المقابل عامة، ففى هذه الحالة يكون تدليسا.

والتدليس لغة: الخيانة، والخديعة، والإخفاء، وقيل: هو من الدلسة بمعنى الظلمة وهو يفيد عدم الإظهار والتبيين عن عمد، وهو فى البيع بمعنى كتمان عيب السلعة عن المشترى ولا يختص به البائع[3].والمدلس، هو العالم بالعيب وكتمه حين البيع[4].

وقد عرف الفقهاء التدليس بتعريفات كثيرة لا تخرج فى مجملها عن معناه اللغوى وهو ستر العيب وكتمانه.

فقد عرفه البعض بأنه : " أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يظن به المشترى كمالا، وليس كذلك"[5].

= فلا فرق فى ذلك بين ما علم من جهة النص أو الدليل عموما. راجع فى ذلك تفصيلا: الجصاص ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق جــ١ ص١١٦.

(١) والعيب هو ما ينقص القيمة عند التجار ــ قاضيخان ــ الفتاوى الخانية ــ مطبوع بهامش الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ــ المكتبة الإسلامية ــ تركيا ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣ جــ٢ ص١٩٤.

(٢) انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ دار إحياء التراث العربى ــ بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢ ــ الجزء الثانى ص٢٢١.

(٣) الرازى ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ــ ص٢٠٩ ــ مادة (د ل س) ، ابن منظور ــ لسان العرب ــ مرجع سابق ــ جــ٧ ص٣٨٩. فصل الدال حرف السين، المعلم بطرس ــ البستانى ــ قطر المحيط ــ مكتبة لبنان ــ بيروت ــ بدون تاريخ جــ١ ص٦٤٩، الفيومى ــ المصباح المنير ــ مرجع سابق جــ١ ص٢٧٠، ومنه التدليس فى الإسناد فى الحديث وهو أن يروى عمن لقيه ، ولم يسمعه منه موهما أنه سمعه منه، أو عمن عاصره ولم يلقه موهما أنه لقيه أو سمعه منه فيسميه أو يكنيه، وبصفة بما لم يعرف به كى لا يعرف ــ انظر الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص٧٧.

(٤) الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق ــ جــ٣ ص١٢٨.

(٥) الدسوقى ــ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ــ مرجع سابق ــ جــ٣ ص١١٥، القرافى ــ الذخيرة دار الغرب الإسلامى ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤ جــ٥ ص٦٢.

ولكن هذا التعريف غير جامع لكل أنواع التدليس وإنما يقصد به التدليس الفعل فقط، كما يقصر وقوع التدليس على عقد البيع فقط وهو ليس كذلك، لأن التدليس لا يقتصر على عقد البيع فقط، بل يمكن أن يتصور فى جميع عقود المعاوضات.

لذلك عرفه البعض بأنه : " معنى دلس العيب أى كتمه عن المشترى مع علمه به أو غطاه عنه بما يوهم المشترى عدمه". وهو مشتق من الدلسة وهى الظلمة فكأن البائع يستر العيب، وكتمه جعله فى ظلمة مخفى عن المشترى فلم يره ولم يعلم به. سواء فى هذا ما علم به فكتمه، وما ستره فكلاهما تدليس(١).

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه : " استخدام وسائل احتيالية لإخفاء عيب المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد"(٢).

وعرفه البعض بأنه : " استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على التعاقد ظنا أنه فى مصلحته والواقع خلاف ذلك"(٣).

وغير ذلك من التعريفات التى تبين أن التدليس يتم بإغراء العاقد وخديعته باستعمال طرق احتيالية بفعل، أو بقول ، أو حتى بالسكوت والكتمان، سواء أكانت هذه الخديعة من قبل المتعاقد ذاته أم ممن يعاونه أم يعمل لحسابه كما يحدث من السماسرة الذين يرغبون الناس فى السلع بمثل هذه الخدع والطرق الاحتيالية بحيث يقصد من ذلك حمل المتعاقد الآخر على قبول العقد ظانا أنه يحقق مصلحته ولكن الحقيقة والواقع غير

---

(١) انظر بن قدامة ــ المغنى ــ دار الغد العربى ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ ــ جـ٤ ص٤٦٦.

(٢) انظر: د/ عبد الحميد محمود البعلى ــ ضوابط العقود ــ دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وموازنة بالقانون الوضعى وفقهه ــ مكتبة وهبة الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ ص٢٦٨، د/ لاشين محمد يونس الغياتى ــ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق ــ مرجع سابق ص٧٧، د/ عبد الحليم عبد اللطيف القونى ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٥٢، د/ محمود عبد الرحيم الديب ــ الوجيز فى مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٧٨.

(٣) د/ محمد مصطفى شلبى ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٨٦، وقريب منه د/ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ دار الفكر العربى ــ الطبعة الثالثة ــ بدون تاريخ ص٣٢٧ ، د/ على أحمد مرعى ــ بحوث فى البيع دراسة فقهية مقارنة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ الجزء الأول ص٤١، د/مصطفى أحمد الزرقاء ــ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٧٩. د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٨ ، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ دراسة فقهية مقارنة بدون إشارة إلى الناشر بدون تاريخ ص٩٠.

ذلك[1]، وبالنظر فى مراد الفقهاء المسلمين من التدليس نجد أن الفقه الإسلامى فى تقرير نظرية التدليس قد وصل إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذى وصل إليه الفقه الغربى فهو يعرف التدليس باستعمال طرق احتيالية، ويعرفه عن طريق الكذب، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان، ثم هو كالفقه الغربى يعتد بالتدليس الصادر من الغير[2].

ولا يختلف تعريف التدليس فى القانون الوضعى عنه فى الفقه الإسلامى، والذى ذكرناه آنفا، ليس فى القانون المصرى فحسب بل معظم قوانين الدول العربية حيث عرفته المادة (١٨٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى بأنه : " التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها " وقد اعتمد واضعوا القانون الإماراتى فى هذه المادة على المادة (١٦٤) من المجلة وشرحها لعلى حيدر التى عرفته بأنها " توصيف المبيع للمشترى بغير صفته الحقيقية"[3].

وبعد ، فهذا هو المقصود بالتدليس فى الفقه الإسلامى وفى القانون الوضعى ونلاحظ أن بعض الفقهاء يطلقون عليه " التغرير " " فالتدليس " والتغرير فى الفقه بمعنى واحد[4].

---

(١) د/ مصطفى أحمد الزرقاء ــ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٧٩.

(٢) انظر: د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٠.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني مطبعة دار الكتاب العربى ــ الجزء الثانى الالتزامات مصادر الالتزام ص١٧١، د/ علي حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الاحكام ــ تعريب المحامى فهمى الحسينى منشورات مكتبة النهضة ــ بيروت ــ الكتاب الأول " البيوع ص١١٢ مادة١٦٤" انظر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والذى بدأ العمل به ابتداء من مارس سنة ١٩٨٦ فى الباب التمهيدى أحكام عامة ص١٤٧، د/ مصطفى محمد الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المتحدة من الفقه الغربى والمستمدة من الفقه الإسلامى وتطبيقاتها القضائية ــ الفتح للطباعة والنشر ــ الإسكندرية ــ الطبعة الأولى بدون تاريخ ص٢٣٥.

(٤) انظر: الدردير ــ الشرح الصغير ــ مرجع سابق جـ٣ ص٦٢، د/ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص٣٢٧، د/ أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ــ الطبعة الأولى ص٣٢٧، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٠ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٨ وما بعدها، د/ عبد الحليم عبد اللطيف القونى ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٥٢.

أنواعه ومدى تحققه بالسكوت:

وأما عن أنواع التدليس: فإنه يتضح من خلال التعرف على المقصود من التدليس فى اصطلاح الفقهاء، أن التدليس قد يكون بالفعل، ويسمى التدليس أو التغرير الفعلى[1] وقد يكون بالقول ، ويسمى بالتدليس أو التغرير " القولى " [2].

كما يكون التدليس بالسكوت والكتمان ، وهو ما يعنينا فى هذا المقام ، ويتحقق ذلك بأن يعلم المدلس عيبا ويكتمه ولا يظهره للطرف الآخر، بحيث لو علم به لما أقدم على العقد[3].

فمن الممكن إذا أن يقع التدليس بمجرد السكوت، أى كتمان أمر يجب الإفصاح عنه عمدا، وبخاصة فى ضروب المعاملات التى يتعين فيها الإفصاح عن العيوب الخفية فى محل التعاقد ــ فى أحد العوضين ــ كأن يكتم البائع عيبا فى المبيع، أو يكتم المشترى عيبا فى الثمن.

---

(١) التدليس الفعلى هو:أن يفعل البائع فعلا فى المبيع يظن به كمالا وليس كذلك،أى أن يقوم أحد المتعاقدين بعمل شئ قاصدا تضليل المتعاقد الآخر فى حقيقة الصفقة المزمع عقدها أو يريد بذلك أن يزيد ثمن المبيع ومثاله: تغليف المنتجات غير الجيدة تغليفا حسنا ووضع علامات الجودة التى توهم المشترى أنها رفيعة القدر، أو حبس اللبن فى ضرع الماشية حتى تبدو كثيرة اللبن أو صبغ ثوب قديم ليظن أنه جديد، أو التلاعب بعداد السيارة لتظهر بأنها قليلة الاستعمال. انظر فى ذلك على سبيل المثال الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٣ ص١١٥ - ١١٦، ابن قدامة ــ المغنى على الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤٦٦ البهوتى ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٩٦، القرافى ــ الذخيرة ــ مرجع سابق جـ٥ ص٦٢، د/ على أحمد مرعى ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق ــ ص٤٢، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد ــ مرجع سابق ص٣٢٨، د/ رمضان الشرنباصى ــ حماية المستهلك ــ مرجع سابق ص٩٨، د/ عبد الحليم القونى ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٥٣.

(٢) التغرير أو التدليس القولى يقصد به : " الكذب الصادر من أحد المتعاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد". وذلك بأن يكذب فيما يتعلق بمحل التعاقد أو فى المقابل، ومثاله: " الإدلاء ببيانات غير صحيحة فى وصف الشئ الذى هو محل التعاقد، ومن أهم صور التغرير القولى المعروفة فى الفقه الإسلامى " الكذب فيما يطلق عليه بيوع الأمانات ، وهى المرابحة والتولية، الوضعية إذ إنها تقوم على تحديد ثمن البيع اعتمادا على تحديد البائع للثمن الذى كان قد اشتراها به، ففى بيع المرابحة يجرى الاتفاق على إضافة نسبة من الثمن أو مقدار من المال زيادة على ثمنها الذى ذكره البائع، وفى التولية يجرى الاتفاق على أخذ السلعة بالثمن الذى اشترى به البائع، أما فى الوضعية فيجرى الاتفاق على ثمن أقل من الثمن الذى اشترى به البائع. انظر فى ذلك: الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٣ ص١١٥، ابن قدامة ــ المغنى ــ مرجع سابق جـ٤ ص٤٦٦، د/ محمد أحمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٩٢ د/ مصطفى محمد الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٢٣٦، د/ على محى الدين القرة داغى ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص٧٥١.

(٣) د/ مصطفى أحمد الزرقاء ــ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٨٣.

فإذا كتم البائع عيبا يعلمه وهو يعلم أن المشترى ما كان ليشترى هذه السلعة لو أفصح له عن هذا العيب، فإن كتمان هذا العيب والسكوت عن بيانه عمدا يعد تدليسا ضابطه التغاضى عمدا عن ذكر عيب فى الشئ معروف لديه(١).

فحيث يوجد التزام أو واجب بالإفصاح والبيان، فإن السكوت عنه عمدا ـ مع العلم به ـ يحقق التدليس ، وبعبارة أخرى، فإن مجرد السكوت وكتمان أمر من الأمور كاف لتحقق التدليس فى الفقه الإسلامى متى كان إظهار الأمر المكتوم واجبا شرعا(٢).

هذا الواجب بالإفصاح والتبيين يجد مصدره فى مواطن كثيرة من مصادر التشريع الإسلامى، التى تأمر بأداء الأمانات إلى أصحابها والوفاء بالعهود والعقود والصدق فى البيع والشراء، وفى المعاملات كافة ، وبخاصة فى العقود التى تعتمد أساسا على الأمانة والصدق فى القول.

من هذه النصوص مثلا: ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " إذا باع أحدكم سلعة فلا يكتم عيبا إن كان بها "(٣).

وما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"(٤).

وما روى عن العداء بن خالد قال : كتب لى النبى – صلى الله عليه وسلم – " هذا ما اشترى محمد رسول الله – صلى الله عليه وسلم - من العداء بن خالد بيع المسلم من

---

(١) الحجاوى – الإقناع – مرجع سابق – جـ٢ ص٢٠٩، انظر الدسوقى - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ مرجع سابق جـ٣ ص١٢٨ ، ابن قدامة ـ المغنى ـ مرجع سابق جـ٤ ص٤٦٦، د/ أحمد فراج حسين ـ الملكية ونظرية العقد ـ مرجع سابق ص٣٢٨، د/ محمد سراج ـ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٩٣، د/ مصطفى الجمال ـ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٢٣٧، د/ على محى الدين القرة داغى ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ـ ص٧٥١، د/ عبد الحليم القونى ـ حسن النية وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص٣٥٣ د/عبد الحميد البعلى ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص٢٧٠ ، د/ نوال محمد الشاكر ـ التفريق بين الزوجين للعيوب ـ دراسة مقارنة ـ رسالة دكتوراه ـ جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠١ ص٦٩. أ/يوسف محمد عبد الغفار عيسى ـ التدليس فى عقد الزواج والآثار المترتبة عليه فى الفقه الإسلامى ـ رسالة ماجستير ـ جامعة الأزهر ـ كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٩٧ ص٢٩.

(٢) انظر : يوسف محمد عبد الغفار عيسى ـ التدليس فى عقد الزواج والآثار المترتبة عليه فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٢٩.

(٣) الطبرانى ـ المعجم الأوسط ـ تحقيق محمود الطحان ـ مكتبة المعارف بالرياض ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م جـ١ ص١٧٣.

(٤) الترمذى ـ الجامع الصحيح " سنن الترمذى " ـ مرجع سابق جـ٧ ص٥٠٦.

المسلم ، لا داء ولا خبثه ، ولا غائلة"[1].

فهذه بعض النصوص التي تؤكد واجب الإفصاح والإظهار والتبيين عما قد يوجد من عيوب غير ظاهرة في محل التعاقد. هذا بالنسبة للعقود عامة. فضلا عن أن هناك من البيوع ما تفرض طبيعتها هذا الواجب بالتبيين ، ذلك لأن طبيعة هذه العقود تستوجب درجة عالية من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، مثل: المرابحة ، والتولية والوضيعة. حيث يتم تحديد الثمن على أساس ما ذكره البائع أنه الثمن الذي اشترى به[2]. ففي كل حالة يتوجه فيها الالتزام على المتعاقدين بالتبيين والإفصاح والإظهار يكون السكوت عن ذلك تدليسا.

وعلى ذلك ، فإن التدليس حرام شرعا. على أي صورة كان. سواء أكان بالفعل أم بالقول، أم بالسكوت، استنادا إلى ما ذكرنا من أدلة توجب بيان العيوب وإظهارها وعدم كتمها. وهو ما يعني تحريم التدليس[3].

---

(١) ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ٤ ص٣٧٩.
قال قتادة:" الغائلة " الزنا والسرقة والإباق." والخبثة " الأخلاق الخبيثة ، وقيل الريبة. وقوله " لا داء " أي لا عيب ، والمراد به الباطن سواء أظهر منه شئ أم لا، وقيل " لا داء " أي يكتمه البائع ، وإلا فلو كان بعبد " داء " وبينه البائع لكان من بيع المسلم للمسلم.

(٢) سبق أن بينا معنى هذه البيوع في موضع سابق. انظر: هامش ص في أنوع التدليس ومدى تحققه بالسكوت.

(٣) بالإضافة إلى ما ذكرنا من أحاديث توجب بيان العيوب وإظهارها وتحرم كتمها فإنه يستدل على تحريم التدليس بقوله تعالى: " **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم**" النساء/٢٩ فالآية الكريمة تنهى عن أكل الأموال بالباطل، ومن قبيل الباطل الخداع، والتدليس بكتمان العيب من باب الخداع والباطل المنهي عنه. كما أن التدليس في المبيع يجعل رضا المشتري رضا غير حقيقي بالنسبة للسلعة وما دفعه فيها من ثمن ولذا كان النهي عن التدليس. انظر: القرطبي الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق المجلد الأول جـ٢ ص٣١٥، وفي هذا المعنى د/ علي مرعي بحوث في البيع ـ مرجع سابق ـ ص٤٤، وهناك أحاديث كثيرة أيضا تدل على تحريم التدليس منها ما روى عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول : " المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له ". انظر: ابن ماجه ـ سنن ابن ماجه ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ مكتبة عيسى البابي الحلبي وشركاه ـ بدون تاريخ جـ٢ ص٧٥٥ كتاب التجارات ـ باب من باع عيبا فليبينه ، ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ٤ ص٣٧٩ وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا ". فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ " قال أصابته السماء يا رسول الله قال: " أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس منا ". أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان جـ١ ص٩٩، والترمذي ـ الجامع الصحيح جـ٣ ص٥٩٧. كتاب البيوع، وأخرجه بن ماجه في سننه برواية أخرى عن أبي هريرة أيضا جاء فيها أنه قال مر رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ برجل==

وفى ذلك يقول ابن جزى : " كتمان العيوب غش محرم بإجماع "[1]. فيجب على المتعاقد أن يظهر عيوب سلعته خفيها وجليها ولا يكتم منها شيئا إذ إن ذلك واجب وكتمانه ظلم وغش وهو حرام[2].

موقف القانون الوضعى من التدليس بالسكوت: هل يعتد القانون الوضعى بوقوع التدليس بمجرد السكوت والكتمان؟

بالنظر إلى القانون الوضعى نجده كالفقه الإسلامى يعتد بوقوع التدليس بمجرد السكوت والكتمان.

فقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة (١٢٥) منه فى فقرتها الثانية على أن "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان

== يبيع طعاما فأدخل يده فيه. فإذا هو مغشوش. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " ليس منا من غش ". وفى رواية أخرى : " لعلك غششت من غشنا فليس منا " راجع: ابن ماجه ـ سنن ابن ماجه مرجع سابق جـ٢ ص٧٤٩، كتاب التجارات، فالنصوص الشرعية من القرآن والسنة متضافرة على تحريم التدليس لما فيه من غش وخديعة وخيانة. أيا كان نوعه أو كانت صورته.

(١) ابن جزى ـ القوانين الفقهية ـ مرجع سابق ص١٧٥.

(٢) الإمام الغزالى ـ إحياء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٩٩، وينظر فى تحريم التدليس كذلك: ابن قدامة ـ المغنى ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص٤٦٦، الصنعانى ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٣ ص١١٠٩، ابن القيم ـ زاد المعاد ـ مرجع سابق جـ٤ ص٣٢، البهوتى ـ شرح منتهى الإرادات مرجع سابق جـ٢ ص١٧٤، الحجاوى ـ الإقناع ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص٢٠٩، د/ محمد يوسف موسى ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ـ ص٤٠٣ ، د/ مصطفى أحمد الزرقاء ـ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ـ مرجع سابق جـ١ ص٣٨٣ ، د/ على مرعى ـ بحوث فى البيع ـ مرجع سابق ـ ص٤٣ ، د/ محمد سراج ـ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٩٣ د/ عبد الحليم القونى ـ حسن النية وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص٣٥١.

هذا عن حكم التدليس بمعنى وصفه الشرعى، وقد علمنا أن التدليس حرام. وأما عن حكمه بمعنى أثره المترتب عليه من حيث مدى ثبوت حق الخيار للمدلس عليه فيراجع بشأنه على سبيل المثال: الدسوقى حاشية الدسوقى ـ مرجع سابق جـ٣ ص١١٣ وما بعدها، الكاسانى ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق جـ٥ ص٢٤٣ وما بعدها، ابن قدامة ـ المغنى ـ مرجع سابق جـ٤ ص٤٦٦ وما بعدها ، ابن رشد ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ مرجع سابق جـ٢ ص٢٢١ وما بعدها ، البهوتى ـ الرض المربع ـ مرجع سابق جـ٢ ص١٩٦ وما بعدها، البهوتى أيضا ـ شرح منتهى الإرادات ـ مرجع سابق جـ٢ ص١٦٨ وما بعدها، الحجاوى ـ الإقناع ـ مرجع سابق جـ٢ ص٢٠٩ وما بعدها ، د/ مصطفى أحمد الزرقاء ـ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٣٨٣ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ـ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ـ مرجع سابق ص٩٨ وما بعدها، د/ عبد الحميد البعلى ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص٢٧٠، د/ عبد الحليم القونى ـ حسن النية وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص٣٥٠ وما بعدها.

ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "[1].

ويقابل هذه المادة فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى المادة (١٨٦) حيث تنص على أنه " يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تغريرا إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[2].

وهكذا ، يتضح أن القانون الوضعى يعد مجرد السكوت محققا للتدليس. وذلك إذا تم السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسه بشرط أن يثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة محل السكوت، كمن باع محلا لآخر وكتم عن مشتريه صدور حكم بإغلاقه قبل البيع، أما الامتناع عمدا عن الإفضاء ببيان لا يقتضى العقد بيانه، فإنه لا يعد تدليسا . إذ لو كان ذلك التزاما على المتعاقد لكان فيه حرج شديد[3].

فالقانون الوضعى يعتد بتحقق التدليس بمجرد كتمان أمر يجب الإفصاح عنه عمدا. هذا الواجب قد يجد مصدره فى نص القانون كما هو الحال فى عقد التأمين، حيث يجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه. وقد يجد مصدره فى طبيعة العقد، وذلك بالنسبة للعقود التى تستوجب درجة عالية من الثقة بين طرفيها مما يفرض على كل منهما الإفضاء للآخر بكل ما لديه من معلومات تتعلق بالعقد، كما هو الحال فى عقد الشركة، وعقد الوكالة ، وقد يستخلص القاضى – هذا الواجب – من ظروف التعاقد ومن هذه الظروف ما يتمتع به المتعاقد فى مهنته من تخصص وسمعة عالية يركن إليهما المتعاقد معه. ومنها ألا يكون أمام المتعاقد سبيل آخر للعلم بالأمر الذى كتم عنه كالعيب الخفى[4].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى – مرجع سابق – جـ٢ التزامات ص١٧١.

(٢) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة – مرجع سابق ص١٤٧.

(٣) انظر د/ إسماعيل غانم – فى النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام – مكتبة عبدالله وهبة سنة ١٩٦٨ ، ص٢٠٨، د/ جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الأول مصادر الالتزام – دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ ص٢٣٢، د/ محمود الديب – الوجيز فى مصادر الالتزام – مرجع سابق ص٨١.

(٤) د/ إسماعيل غانم – فى النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق – ص٢٠٨، انظر د/ مصطفى محمد الجمال – القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى – مصادر الالتزام – مرجع سابق ص٢٣٧، د/ محمد لبيب شنب – دروس فى النظرية العامة للالتزام الجزء الأول – مصادر الالتزام مكتبة عبد الله وهبه سنة ١٩٧٧ ص١٥٩ وما بعدها، د/ جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق ص١٣٢.

وهكذا ، فإنه إذا كان الأصل فى السكوت عدم عده تدليسا إلا أن هنـــاك أحـــوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان فيلتزم المتعاقد الذى يعلم هذا الأمر بالإفضـــاء به، وإلا عد سكوته وكتمانه تدليسا ، على نحو ما ذكرنا آنفا [١].

وإذا انتهينا إلى أن القانون الوضعى يعتد بتحقق التدليس بمجرد السكوت والكتمان فما هو حكم هذا التدليس فى القانون الوضعى؟ إذا كان وقوع التدليس يترتب عليه ـــ فى الفقـــه الإسلامى ـــ الإثم والعقاب فى الآخرة ـــ لأنه محرم شرعا ـــ علـــى المدلـــس فضلا عن ترتيب أثره بين المتعاقدين، من حيث ثبوت الخيار للمدلس عليه من عدمـــه اتساقا مع منهج الشريعة الإسلامية فى تقريرها للجـــزاء الأخـــروى والدنيـــوى علـــى مخالفـــة الحكم الواحد، فإن القانون الوضعى بطبيعته لم يهتم بترتيب جـــزاء أخـــروى على وقوع التدليس إذ إنه لا يعنى بأمور الآخرة فى تقريره للأحكام[٢].

---

(١) انظر: د/ عبد الرزاق السنهورى ـــ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـــ نظرية الالـــتزام بوجـــه عـــام مصادر الالتزام ـــ دار النهضة العربية ـــ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ ص٣٤٢، د/ عبد الحـــى حجـــازى النظرية العامة للالتزام ـــ مصادر الالتزام ـــ مكتبة عبد الله وهبة ـــ بدون تاريخ ـــ ص٣٠٦، د/ نبيـــل إبراهيم سعد ـــ النظرية العامة للالتزام ـــ مصـــادر الالـــتزام ـــ الجـــزء الأول ـــ منشـــأة المعـــارف الإسكندرية سنة ٢٠٠١ ص١٧٥، د/ عمر السيد مؤمن ـــ التغرير والعيب والغبن كعيبين فى الرضا فـــى قانون المعاملات المدنية الإماراتى ـــ دراسة مقارنة بالقانون المدنى المصرى والفقـــه الإســـلامى ـــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧ ص٤١.

وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أنه : " إذا كان التدليس فى نطاق العقد يمكن حدوثه بمجرد السكوت والكتمان من جانب المتعاقد الآخر، إلا أن هذا لا يحدث فى مجال التصرف الانفرادى مثل الوعد بجـــائزة أو الجعالة فى الفقه الإسلامى. ومعنى الوعد بجائزة " تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيـــذ الأداء الذى حدده الواعد " أو " توجيه للجمهور تعبيرا عن الإرادة مضمونه منح جائزة لمن يقوم بعمل معيـــن ". انظر د/ لاشين محمد يونس الغياتى ـــ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق ـــ مرجـــع سابق ص٨٧ وما بعدها.

(٢) من المعلوم أن الحكم الشرعى والحكم القانونى يتفقان ـــ من حيث المبدأ ـــ فيما يتعلق بعنصـــر الإلـــزام والمتمثل فى الجزاء المترتب على مخالفة الحكم فى كل منهما إلا إنهما يختلفان فى طبيعة هذا الجـــزاء، وصوره، وهذا الاختلاف مرجعه اختلاف مصدر كل منهما وما ترتب على ذلك مـــن كـــون الشـــريعة الإسلامية عقيدة، وشرعية ، دنيا ، وقانونا ، واتساع نطاق الأحكام الشرعية، بحيث تشمل علاقة الإنســان بخالقه سبحانه وتعالى، وعلاقته بغيره. وهذا يؤدى فى النهاية إلى اصطباغ الأحكام الشـــرعية بالصبغـــة الدينية. ولذلك، فإن لكل حكم شرعى، مظهرين ، مظهر دينى، ومظهر قضائى، والمظهر الدينى، متمثـــل فى الحساب أمام الله، أما المظهر القضائى: فيتمثل فى سلطة ولى الأمر فى اقتضاء حقـــوق الله والعبـــاد ولذلك أيضا نجد أن لكل فعل من أفعال المكلف فى التشريع الإسلامى حكمين أحدهما يتعلق بالدنيا والآخر يتعلق بالآخرة. أى أن مخالفة الحكم الشرعى توجب الجزاء الأخروى بجانب الجـــزاء الدنيـــوى بحيـــث يرتبط الخضوع لهذه الأحكام وتطبيقها بالإيمان بالله تعالى. وذلك بخلاف القانون الوضعى الذى لا يرتـــب على مخالفة أحكامه إلا جزاءا دنيويا فقط، توقعه السلطة العامة فى الدولة. راجع فى ذلك: د/ محمـــد ==

ولذا ، فإن كل ما رتبه القانون جزاء للتدليس، أنه اكتفى بتقرير المسئولية العقدية، على المدلس، وكان يتمثل ذلك فى مجرد عده عملا غير مشروع يوجب على من صدر منه التعويض قبل المتعاقد الذى وقع عليه التغرير أو التدليس، وقد كان ذلك وحده ، هو محل الاعتبار فى القوانين القديمة، كالقانون الرومانى ، ولم تكن تلك القوانين، تنظر إلى التغرير أو التدليس ، من حيث ما يحدثه ، من تأثير على إرادة المدلس عليه، وإنما كانت تنظر إليه من جهة من يمارسه، بوصفه عملا غير مشروع يستحق فاعله الجزاء المتمثل فى التعويض، ولكن القوانين الحديثة، تعد التدليس تحايلا يؤدى إلى إيقاع المتعاقد فى الغلط على نحو يدفعه إلى التعاقد، بحيث لم يكن يقبله أصلا لو علم بالحقيقة، أو إلى التعاقد بغبن لم يكن يرضاه لو لم يقع فى الغلط، ومن هنا فالقوانين الحديثة، تنظر إلى التدليس من هذه الزاوية وتعامله معاملة الغلط، مع الأخذ فى الحسبان أنه فى التدليس غلط مفتعل أو مستثار ، يتميز عن الغلط فى صورته العادية أو الغلط التلقائى[1]، وعلى ذلك فإن العقد للإبطال، أى البطلان النسبى لمصلحة من وقع عليه التدليس، متى استعمل المدلس ، أو نائبه، حيلا غير مشروعة، بلغت من الجسامة، بحيث لولاها ، لما أبرم المدلس عليه العقد تطبيقا لنص المادة (١٢٥) مدنى مصرى الفقرة الأولى، التى تنص على أنه : " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد"[2] ، فالقانون عد التدليس عيبا من العيوب التى تشوب الإرادة وأعطاه حكم الغلط

== مصطفى شلبى ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص ٧٦، د/ عبد الناصر العطار ــ مبادئ القانون ــ دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٩٦٩ ص٣٥ ، د/رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٣ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية ــ الجزء الأول ــ نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية ــ معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٠ ص٢٥ وما بعدها د/ محمد سليم العوا ــ أصول النظام الجنائى الإسلامى ــ دار المعارف ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ ص٤٩، د/على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٧٧، د/ حسام الدين الأهوانى ــ أصول القانون ــ مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة سنة ١٩٨٨ ص٢٧، د/ سمير عالية علم القانون والفقه الإسلامى ــ نظرية القانون والمعاملات الشرعية ــ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ ص٩٦ وما بعدها ، د/ محمد كمال إمام ــ مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى ــ المؤسسة الجامعية الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص٢٩.

(١) انظر فى ذلك: د/ مصطفى محمد الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام مرجع سابق ــ ص٢٣٢، ص٢٣٣.

(٢) راجع ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٢ ، مرجع سابق ص١٧١.

وهو قابلية العقد للإبطال، وكذلك الحق فى المطالبة بالتعويض إن كان له مـــا يقتضيــه بوصفه عملا غير مشروع[1].

نطاق التدليس بالسكوت:

تجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن التدليس بالســـكوت ليـــس خاصــا بعقــود المعاملات المالية فحسب، بل يمكن تحققه أيضا فى عقد النكاح ، وذلك بأن يكتــم أحــد الزوجين عن الآخر أمرا أو عيبا خفيا لو اطلع عليه ما رضى بصاحبه، وقـــد يتحقــق أيضا من الأولياء، بل قد يتحقق التدليس من الغير شاهدا كان أو موثقا، ويتسع نطـــاق التدليس بالكتمان والسكوت فى عقد النكاح بحيث لا يكون مقصورا على التدليس بالعيب وحده، بل قد يتحقق أيضا بكتمان أمور كان يلزم إظهارها والبوح بها كـــالتدليس فـــى النسب أو الحرفة أو الدين.

وإنما كان مجرد السكوت عن مثل هذه الأمور تدليسا، لأن إعلام المتعاقد بحـــال الطرف الآخر يعد واجبا شرعيا، وبخاصة إذا كان المسئول متعينا للجواب[2].

فإذا كان النبى – صلى الله عليه وسلم – حرم على البائع كتمان عيب سلعته وحرم على من علمه أن يكتمه فإن ذلك يكون بالنسبة لعيوب النكاح أولى، لأن النبى – صلـــى الله عليه وسلم – قال لفاطمة بنت قيس حين استشارته فى نكاح معاوية ــ رضــــى الله عنه ــ أو أبى جهم ــ رضى الله عنه ــ أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جـهم فلا يضع عصاه عن عاتقه. فعلم أن بيان العيب فى النكاح أولى وأوجب[3].

ويدل على ذلك أيضا، ما روى أن عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ بعـــث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة ، وكان عقيما، فقال عمر: أعلمتها أنك عقيـــم؟ قال لا: قال : أعلمها ثم خيرها ".

ووجه الدلالة من ذلك، أن عمر عد السكوت عن بيان العقم فى هذه الواقعة تدليسا لا يجوز. بل عد بعض العلماء من أقبح التدليس والغش[4].

---

(١) د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد ــ مرجع سابق ص٣٢٩، د/ مصطفى الجمال ــ القـــانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٢٣٥ وما بعدها ، د/ نبيل إبراهيـــم سعد ــ النظرية العامة للالتزام ــ جـ ١ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص١٨٠.

(٢) انظر فى ذلك: د/ يوسف محمد عبد الغفار عيسى ــ التدليس فى عقد الزواج والآثار المترتبة عليه فـــى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٠٩.

(٣) راجع ابن القيم ــ زاد المعاد ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ص٣٢.

(٤) انظر الصنعانى ــ سبل السلام ــ مرجع سابق ــ جــ٣ ص١٠١٩، ابن القيم ــ زاد المعاد ــ مرجـــع سابق جــ٤ ص٣٠، د/ نوال محمد الشاكر ــ التفريق بين الزوجين للعيوب ــ مرجع سابق ص٢٢٢.

وعلى ذلك: يكون السكوت عن بيان العيب فى عقد النكاح تدليسا متـــى ثبــت أن المدلس كان عالما به، ولا يقتصر ذلك على الزوجين فقط. إذ يمكن أن يتحقق أيضا، من جانب الشهود على عقد النكاح، لأنه يجب على الشهود عدم كتمان أمر يمنـــــع انعقـــاد النكاح، كما لو كانت المرأة، فى حال عدتها، وكان الشاهدان على علم بذلك، وتم العقـــد ــ مع علمهما ــ بشهادتهما دون أن يبينا الحقيقة للزوج أو وكيله أو للموثق متعمديـــــن ذلك[1].

كتمان المرأة لما فى رحمها:

كما يمكن تحقق التدليس بالسكوت والكتمان ــ فى هذا المجال أيضـــا ــ بكتمـــان المرأة ــ المطلقة خاصة ــ لما فى رحمها ، والسكوت عن البوح به وإظـــهاره. فتلـــك صورة من صور التدليس المحرم شرعا، لما تنطوى عليه من غش وخداع. فإذا كـــــان المتعاقد المدلس يكتم عيب سلعته مدلسا غاشا بهذا الكتمان، فإن المرأة التى تكتم ما فـــى رحمها ــ رغبة منها فى إطالة أمد العدة، أو إنقاصها أو العبث بـــها علـــى أى حـــال والفرض أنها مؤتمنة على ذلك ــ تكون مدلسة غاشة.

تلك الصورة مستفادة من صريح النص القرآنى فى قوله تعـــالى : " **والمطلقـــات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى ارحامـــهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر..**"[2].

والشاهد فى الآية الكريمة قوله تعالى : " **ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فـــى أرحامهن** " والتقدير : لا يحل لهن كتمان الذى فى أرحامـــهن، والمقصـــود بمـــا فـــى أرحامهن " الحمل " عند بعض المفسرين ، أو الحيض ، عند البعض الآخر، والراجح[3] الذى اختاره كثير من المفسرين هما معا ــ الحمل والحيض ــ لأن الله تعـــالى جعلـــها أمينة على رحمها فقولها فيه مقبول.

---

(١) راجع فيما سبق:يوسف محمد عبد الغفار عيسى ــ التدليس فى عقد الزواج ــ مرجع سابق ــ ص١٥٤.

(٢) سورة البقرة ، آية [٢٨] .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك: الجصاص ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق جــ١ ص٤٣٩، الشـــافعى ــ أحكـــام القرآن ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ سنة ١٩٨٠ جــ١ ص٢٩٨، الرازى ــ التفســـير الكبـــير ــ مرجع سابق ــ جــ ٦ ص٩١، الشوكانى ــ فتح القدير ــ مرجع سابق ص٢٣٧ ، القرطبى ــ الجـــامع لأحكام الحكيم ــ مرجع سابق ــ المجلد الثانى . جــ٣ ص١١١، محمد رشيد رضا ــ تفســـير القـــرآن الكريم ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص٣٦٩، د/ محمد على الصابونى ــ تفسير آيات الأحكام من القـــرآن ــ دار التراث العربى ــ بدون تاريخ جــ١ ص٣٣١.

والمعنى المقصود من الآية الكريمة أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلهن مؤتمنات على ذلك[1].

لذلك فإن كتمان المرأة لما فى رحمها من الحمل أو الحيض هو كتمان محرم حرمه الله تعالى. منعا للإضرار بالزوج وذهاب حقه لأنه يتعلق بذلك حق الرجعة للرجل، وعدم اختلاط الأنساب فربما ادعت انقضاء العدة وهى مشغولة الرحم بالحمل من زوجها ثم تزوجت فأدى ذلك إلى اختلاط الأنساب، وربما حرمت الرجل من حقه فى الرجعة ، فلذلك حرم الله كتمان ما فى الأرحام[2]، بل إن فى قول الله تعالى فى الآية الكريمة نفسها : " **إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر** " وعيدا عظيما شديدا وتهديدا لتأكيد تحريم الكتمان، وإيجابا لأداء الأمانة فى الإخبار عن الرحم بحقيقة ما فيه، كما أنه وعظ بترك الكتمان، وهو للتهييج وتهويل الأمر فى نفوسهن لما يترتب على هذا الكتمان من ضرر عظيم[3].

بعض صور السكوت والامتناع المحظور قانونا:

عرضنا فيما سبق بعض صور السكوت المحرم فى الفقه الإسلامى الذى يأثم فاعله، ويجب عليه اتخاذ موقف إيجابى، وأن يتخلى عن مجرد السكوت والامتناع.

وبالنظر فى القانون الوضعى ــ فى فروعه المختلفة ــ نجد أن هنالك أيضا حالات للسكوت أو الموقف السلبى عموما ــ بالسكوت أو الامتناع أو الترك ــ عدها القانون مخالفة يترتب عليها المسئولية القانونية، بل عد بعضها جريمة طبقا لبعض نصوص القانون.

فقد رأينا ــ فى إطار دراستنا للشهادة ــ أن قانون الإجراءات الجنائية جرم كتمان

---

(١) الرازى ــ التفسير الكبير ــ مرجع سابق جـ٦ ص٩٢، القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثانى ــ جـ٣ ص١١١.

(٢) القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ مجلد ٢ جـ٣ ص١١١، محمد على الصابونى تفسير آيات الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٣١، محمد رشيد رضا ــ تفسير القرآن الحكيم مرجع سابق جـ٢ ص٣٦٩.

(٣) الجصاص ــ أحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٣٩، القرطبى ــ الجامع لأحكام القرآن مرجع سابق ــ مجلد ٢ جـ١ ص١١١، ابن كثير ــ تفسير القرآن العظيم ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٧٠، محمد على الصابونى ــ تفسير آيات الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٢٥.

الشهادة، والامتناع عن الحضور أمام المحكمة عند دعوته إلى ذلك قانونا[1].

ورأينا كذلك فى إطار القانون المدنى، أنه عد السكوت تدليسا يحقق مسئولية المدلس المدنية، فى بعض الأحوال على نحو ما بينا[2] وعده عملا غير مشروع.

كما أن السكوت أو الامتناع أيضا يعد جريمة بمقتضى نصوص قانون مباشرة الحقوق السياسية، فبعد أن نص القانون المذكور فى مادته الأولى على إلزام كل مصرى ومصرية بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية، مثل إبداء الرأى فى كل استفتاء يجرى طبقا لأحكام الدستور، وإبداء الرأى فى الاستفتاء الذى يجرى لرياسة الجمهورية ، وانتخاب أعضاء مجلس الشعب، جاء بعد ذلك فى الباب الخاص بجرائم الانتخاب مقررا عقوبة ، على كل من كان اسمه مقيدا بجداول الانتخاب وتخلف لغير عذر عن الإدلاء بصوته فى الانتخاب، أو الاستفتاء[3].

فنجد أن القانون المذكور أوجب على كل مواطن بلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية، وهذا يعنى أن عملية المشاركة فى التصويت فى الانتخاب واجب عام أساسى ، يجب على المواطن أن يمارسه، وأن مساهمة المواطن فى الحياة العامة واجب وطنى[4].

ومن ثم كان التخلف عن ذلك، وبالتالي ــ وهو المقصود من النص فى الواقع الامتناع عن التصويت يمثل مخالفة قانونية، أى محظور قانونا تقررت عليه عقوبة[5] وذلك يؤكد أن الامتناع فى هذه الحالة محظور قانونا، لأن ثمة واجبا فرضه القانون بالحضور والتصويت.

---

(١) راجع ما سبق ــ فى الشهادة .

(٢) راجع ما سبق فى التدليس.

(٣) راجع ــ قانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية (م١)، (م٣٩) فى جرائم الانتخاب مطبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.

(٤) ذلك طبقا لنص المادة (٦٢) من الدستور المصرى المعمول به حاليا انظر: د/ داود عبد الرازق داود الباز ــ حق المشاركة فى الحياة السياسية ــ رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٩٢ ص٧٠.

(٥) حتى وإن كان عقوبة متدنية ضئيلة، إلا أنها على أى حال عقوبة وهذا يعنى أن التخلف والامتناع عن التصويت محظور بمقتضى القانون. وتلك العقوبة طبقا لنص م (٣٩) من القانون ٧٣ لسنة ٥٦ بشأن ممارسة الحقوق السياسية هى الغرامة التى لا تجاوز مائة قرش.

وهكذا، ففى كل حالة يكون فيها التزام قانوني باتخاذ نشاط إيجابي أو مباشرته على شخص ما فى موقف معين، وبرغم ذلك، التزم هذا الشخص مجرد السكوت والامتناع، ولم يبادر بمباشرة ذلك النشاط الإيجابي المتعين عليه اتخاذه، فإن هذا الممتنع يكون مسئولا قانونا عن تحقيق جريمة القتل، متى حدثت الوفاة، وتوافرت علاقة السببية بين الامتناع وحدوث الوفاة، أى تحقق علاقة السببية بين السلوك والنتيجة ، بمعنى أن يكون الامتناع السبب فى حدوث القتل[١].

ويلحق بالسكوت المجرد قانونا أيضا، سكوت الطبيب ، وعدم إبلاغه عن مرض وبائي ، فهذا سكوت حرمه القانون ورتب عليه مسئولية الطبيب جنائيا[٢].

وبعد : فقد بينا فيما سبق ـ فى إطار الوصف الشرعي للسكوت ـ متى يكون السكوت محرم شرعا، وعرضنا لبعض صور " السكوت والامتناع والترك " التى يثبت تحريمها فى الفقه الإسلامي ، وهى نماذج مسوقة على سبيل المثال فحسب لا الحصر. إذ إننا نكون أمام سكوت محرم عندما يوجد التزام شرعي. من خلال دليل شرعي ـ بالكلام أو اتخاذ موقف إيجابي حيال الأمر المسكوت عنه، سواء كان ذلك فى مجال العقائد، أم العبادات أم المعاملات ، أى سائر أحكام الفقه الإسلامي.

فكلما وجب الكلام وكان بالإمكان، حرم السكوت **بلا عذر مشروع.**

ورأينا كذلك أن القانون الوضعي ـ أيضا ـ حظر السكوت أو الامتناع والترك فى بعض الحالات ورتب عليه المسئولية القانونية ـ مدنية أو جنائية ـ على الممتنع أو الساكت على نحو ما رأينا[٣].

---

(١) انظر : د/ جلال ثروت ـ نظرية القسم الخاص ـ الجزء الأول ـ جرائم الاعتداء على الأشخاص ـ مرجع سابق ص ٦٩، د/ إداور غالي الدهبي ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ مرجع سابق ص٣١.

(٢) انظر : د/ أحمد حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري ـ مكتبة وهبة بمصر سنة ١٩٤٥ ـ هامش ص ٧١.

(٣) ذلك يتفق مع ما ذكره الأستاذ الدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت من انه : " لا نزاع فى أن للسكوت آثارا قانونية أخرى ـ غير التعبير أو صلاحيته بوصفه أداة للتعبير عن الإرادة ـ فقد يعد جريمة ، كما قد يستدل منه على اعتراض الخصم عن استجوابه وقد يعد تدليسا فى بعض الأحوال " . راجع : د/ أحمد حشمت أبو ستيت ـ نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري ـ مرجع سابق ـ هامش ص ٧١.

ولعل أهم صورة من صور الامتناع المحظور قانونا بل وأخطرها تلك الصورة التى بحثها فقهاء القانون الجنائي فى إطار دراستهم للنشاط الإجرامي، باعتباره عنصرا من عناصر الركن المادي فى جريمة القتل، وهى " القتل بالامتناع أو الترك " ومدى صلاحية السلوك السلبي ـ الامتناع[1] أو الترك ـ لتحقيق النشاط الإجرامي.

والواقع أن مسألة اعتبار الامتناع أو الترك سببا للوفاة فى جريمة القتل محل خلاف كبير بين فقهاء القانون الجنائي، على العكس من السلوك الإيجابي، فلا خلاف حول صلاحيته لأن يكون سببا للوفاة.

ولكن ـ على أى حال ـ الرأى الراجح فى هذا الصدد ، هو صلاحية الامتناع أو الترك لإحداث الوفاة، وان القتل قد يقع بطريق الامتناع سواء أكان عمدا أم بغير عمد فالقتل كما يقع بفعل إيجابي يقع بفعل سلبي.

ولكن بشرط أن يتم هذا الامتناع بالنسبة إلى التزام بالقيام بعمل معين يقع على عاتق الممتنع، أى أن يقع على عاتق الممتنع التزام قانوني أو تعاقدي.

فإذا لم يكن ثمة التزام قانوني فإن الامتناع يعد لغوا وعدما، ومن ثم فلا يصلح نشاطا إجراميا فى جريمة القتل، ولكى يكون للامتناع وجود فى نظر القانون يجب أن يكون فى صورة إحجام عن تنفيذ التزام قانوني بمباشرة عمل إيجابي لا فى مجرد النكول عن القيام بواجب أدبى .

وعلى هذا النحو : يمكن تصور القتل بالامتناع بالنسبة للأم التى تمتنع عن إرضاع وليدها بقصد قتله ، لأنها فى هذه الحالة أخلت بالتزام فرضه القانون. والسجان الذى يريد قتل سجينه فيمتنع عن تقديم الطعام له حتى تزهق روحه، والطبيب الذى يمتنع عن إجراء عملية جراحية عاجلة لمريض فيموت المريض[2].

---

(١) والمراد بالامتناع فى هذا الصدد : " سلوك إرادي يتمثل فى الإمساك عن حركة عضلية يعتد بها القانون، ويترتب على تخلفها آثار قانونية " . أنظر : د/ جلال ثروت ـ نظرية القسم الخاص ـ الجزء الأول ـ جرائم الاعتداء على الأشخاص ـ مكتبة مكاوي سنة ١٩٧٩ ص ٥٥.

(٢) وهناك رأى آخر فى هذه المسألة يرى عدم صلاحية الامتناع لتحقيق جريمة القتل. راجع: فى تفصيل ذلك على سبيل المثال د/ جلال ثروت ـ نظرية القسم الخاص ـ جـ١ ـ جرائم الاعتداء على الأشخاص ـ مرجع سابق ص٥٥ وما بعدها، د/ إدوار غالي الذهبي ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ مكتبة غريب ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ ص ٢٨ وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور الوسيط فى قانون العقوبات ـ الطبعة الرابعة سنة ١٩٩١ ص ٥٥٥ وما بعدها، د/ فتوح عبد الله ==

المبحث الخامس

السكوت الواجب

فى إطار دراستنا للوصف الشرعي للسكوت، أى " حكمه التكليفي " بينا انه فى أصله مباح ، ولكنه قد يكون مندوبا، أو مكروها ، أو محرما بحسب الأحوال، وحسبما يقتضيه النص الشرعي، وقد فرغنا من بيان أحوال السكوت المندوب، والمكروه والمحرم، ويبقى لنا أن نتعرف على السكوت الواجب، وهو ما نتكلم عنه الآن.

والقاعدة فى هذا الصدد أن السكوت يكون واجبا إذا كان الكلام محرما. فكما ثبت بالدليل الشرعي تحريم الكلام كان السكوت واجبا . فإذا ورد الخطاب الشرعي بطلب الكف والامتناع ــ عن قول أو فعل ــ ترتب عليه تحريم ذلك الفعل أو القول. متى كان طلب الكف على جهة الحتم واللزوم، وهذا معنى التحريم ــ كما بينا سابقا ــ [1]. وفى الوقت نفسه يوجب السكوت عنه.

وبالنظر فى الشرع الإسلامي وأدلته نجد أن هناك حالات كثيرة يجب فيها السكوت، وردت الأدلة الشرعية التى تؤكد تحريم الكلام فى هذه الأحوال، وذلك فى مجال العقائد والأخلاق، والعبادات والمعاملات . ونسوق فيما يلي بعض الأمثلة على السكوت الواجب.

فى مجال العقائد والأخلاق.

نهى الله تبارك وتعالى عن الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وعن قول الزور وهذا يعني أن السكوت يجب فى مثل هذه الأحوال.

فقد ورد النهي عن الشرك بالله تعالى وعقوق الوالدين فى قوله تعالى : **" واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا "** [2].

== الشاذلي شرح قانون العقوبات ــ القسم الخاص ــ الكتاب الأول ــ الجرائم المضرة بالمصلحة العامة سنة ١٩٩٩ ص٣٨ وما بعدها.

وفى إطار الجرائم السلبية فى الفقه الإسلامي قرر الفقهاء بالإجماع أن ما يكون مطلوبا بأمر الشارع يعد تركه إثما وجريمة ، وموضع مؤاخذة فى الدين، وموضع مؤاخذة بين يدي القضاء إذا كان يجري عليه الإثبات. راجع فى ذلك تفصيلا : فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة ــ الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامي ــ الجريمة ــ دار الفكر سنة ١٩٧٦ ص ١٢٢ وما بعدها.

(١) راجع ما سبق أن ذكرنا فى أقسام الحكم الشرعي ــ فى التحريم .

(٢) سورة النساء ، آية [٣٦].

وقوله تعالى : " **ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما** " (١). وقوله تعالى " **فاجتنبوا الرجس من الأوثان ، واجتنبوا قول الزور** " (٢).

وقد جمع ذلك حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – فيما رواه عبد الرحمن بن أبى بكرة عن أبيه ، قال : " كنا عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال : ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ ثلاثا – الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور. " أو قول الزور " ، وكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – متكئا فجلس فمازال يكررها حتى قلنا : ليته سكت" (٣).

فهذه النصوص الشرعية التى ذكرناها تؤكد النهي عن هذه الأشياء، وهذا النهي تحريم كل قول أو فعل يؤدي إلى الشرك بالله، وكذلك كل قول أو فعل يعد من قبيل عقوق الوالدين(٤)، بدليل قوله تعالى : "**ولا تقل لهما اف ولا تنهرهما** " وكذلك النهي عن شهادة الزور(٥)، أو قول الزور. والتعبير بـ " قول الزور " تعبير عام يشمل كل قول كاذب، لأن قول الزور أعم من شهادة الزور، لأنه يتناول كل زور من شهادة، أو غيبه أو بهت أو كذب(٦). والنهى عن هذه الأشياء يعني إيجاب السكوت عنها سواء أكانت قولا أم فعلا.

---

(١) سورة الإسراء، آية [٢٣].

(٢) سورة الحج ، آية [٣٠].

(٣) انظر مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق – جـ١ ص٩١ كتاب الإيمان – بيان الكبائر وأكبرها الترمذي – الجامع الصحيح – سنن الترمذي – مرجع سابق جـ٤ ص ٣١٢، كتاب البر والصلة باب ما جاء فى عقوق الوالدين.

(٤) " عقوق الوالدين " مأخوذ من العق وهو القطع، يقال : عق والده، يعقه عقا، وعقوقا إذا قطعه ولم يصل رحمه، وجمع العاق ، عققه ، عقق ، وهو الذى شق عصا الطاعة لوالده وقيل إن العقوق المحرم كل فعل يتأذى به الوالد أو نحوه ويدخل فيه القول أيضا : راجع / محمد فؤاد عبد الباقي – تعليقه على صحيح مسلم – جـ١ هامش ص ٩١-٩٢.

(٥) ومعني شهادة الزور : الشهادة بالباطل وشاهد الزور هو من شهد بما لم يكن يعلم ولو صادف الواقع أو هو من يكذب فى شهادته أما من أخطأ فى شهادته أو كانت نتيجة سهو أو نسيان فلا يعد شاهد زور.
والزور هو الكذب الباطل ومعلوم أن شهادة الزور من أكبر الكبائر نهى الله تعالى وحرمها فى كتابه الكريم مع عبادة الأوثان – راجع فى ذلك : د/ أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٢٦٦ – ٢٦٧ . د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم – الإثبات بالشهادة فى الفقه الإسلامي – دراسة فقهية مقارنة – مرجع سابق ص ٣٤٧.

(٦) انظر : د/ أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص ٢٦٧.

ويندرج تحت ذلك أيضا، وجوب السكوت عن الكذب المحرم[1] وبخاصة الكذب على الرسول - صلى الله عليه وسلم - فقد روى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم قال : " لا تكذبوا على ، فإن من كذب على فليلج النار " . وفى رواية : " من كذب على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار " [2]. فإذا كان مطلق الكذب منهيا عنه فإنه على النبي صلى الله عليه وسلم - آكد .

ومنه أيضا، وجوب السكوت عن الغيبة والنميمة، والخوض فى أعراض الناس بالباطل، ومطلق كف الأذى عن الناس ، حيث نهى الله تبارك وتعالى عن ذلك فى قوله تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا** " [3]. وقوله تعالى : " **إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم** " [4].

ومعنى الغيبة كما حدده الرسول - صلى الله عليه وسلم - حيث سئل عنها فقال : أن تذكر من المرء ما يكره أن يسمع قال يا رسول الله وإن كان حقا قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قلت باطلا فذلك البهتان [5].

---

(١) وردت نصوص شرعية كثيرة تحث على الصدق وتنهي عن الكذب ــ من ذلك ما روى أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم - قال : " عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر وأن البر يهدي إلى الجنة ومايزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقا، وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور وأن الفجور يهدي إلى النار ، وما يزال العبد يكذب ويتحري الكذب حتى يكتب عند الله كذابا " . الترمذي ــ الجامع الصحيح ــ سنن الترمذي ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٣٤٧، كتاب البر والصلة ــ باب ما جاء فيه الصدق والكذب.

(٢) ابن حجر فتح الباري ــ بشرح صحيح البخاري ــ مرجع سابق جـ١ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ ، كتاب العلم باب إثم من كذب على النبي صلى الله عليه وسلم .

(٣) سورة الحجرات ، آية [١٢].

(٤) سورة النور ، آية [٢٣].

(٥) الإمام مالك ــ الموطأ ــ مرجع سابق ص ٩٨٧ ، كتاب الكلام، الزرقاني ــ شرح الزرقاني على الموطأ ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٤٠٥، الترمذي ــ الجامع الصحيح ــ سنن الترمذي ــ مرجع سابق جـ٤ ٣٢٩، كتاب البر والصلة ، القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ، مجلد ٨ جـ١٦ ص٣٠٣، وفى رواية مسلم : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ قال أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم، قال : " ذكرك أخاك بما يكره " قيل أفرأيت إن كان فى آخي ما أقول قال : " إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته " .إن لم يكن فيه فقد بهته " انظر مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٤ص ٢٠٠١، كتاب البر والصلة والآداب ــ باب تحريم الغيبة ــ ابن ابى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان مرجع سابق ص ١٢١ .

فالغيبة المنهي عنها هى ذكر الرجل بما يكره ذكره مما هو فيــه، أى أن يذكــر الإنسان عيب غيره من غير محوج إلى ذلك(١).

فلا خلاف على وجوب السكوت عن هذه الأشياء مثل الغيبة باللفظ أو الكتابــة أو الإشارة أو المحاكاة(٢)، فذلك منهى عنه، وهذا النهي يوجب السكوت.

كما يجب السكوت عن النميمة أيضا لما ورد من النهي عنها والتحذير من عاقبــة من اتصف بها يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " **لا يدخل الجنة نمام** " وفى روايــة "**لا يدخل الجنة قتات** " (٣).

ومن السكوت الواجب أيضا : السكوت المأمور به فى قوله تعــالى : " **يــا أيــها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ..** " (٤).

وفى قوله صلى الله عليه وسلم " **إن أعظم المسلمين جرما من سأل عن شئ لــم يحرم فحرم من أجل مسألته** " (٥).

ويستفاد من ذلك وجوب السكوت بترك السؤال عن شئ لم يقع خشية أن ينزل بــه وجوبه أو تحريمه، وأيضا وجوب السكوت عن كثرة السؤال لما فيه من العنت والمشقة.

ومنه أيضا ــ السكوت الواجب فى الصلاة خلف الإمام ــ وفى صــلاة الجمعــة أثناء الخطبة، وعند قراءة القرآن، لورود النهي عن الكلام فى هذه الحالات.

ومنه أيضا السكوت عن إفشاء الأسرار، حيث ورد النهي عن ذلك، فى أحاديث

---

(١) انظر ابن حجر فى المقدمة لكتاب فتح الباري ــ مرجع سابق ص ٢٢٣، محمد أحمد إسماعيل المقدم ــ حرمة أهل العلم ــ مرجع سابق ص ١٨.

(٢) الزرقاني ــ شرح الزرقاني ــ مرجع سابق جــ٤ص ٤٠٥.

(٣) مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جــ١ ص ١٠١ ، كتاب الإيمان باب بيان غلظ تحريــم النميمــة، والنميمة هى نقل كلام الناس، بعضهم إلى بعض على جهة الإفساد بينهم ، وعرفها الإمام الغزالي بأنــها "اسم النميمة إنما يطلق فى الأكثر على من ينم قول الغير إلى المقول فيه، كما تقول فلان كان يتكلم فيــك بكذا وكذا، وليست النميمة مختصة بل حدها كشف ما يكره كشفه سواء أكرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث، وسواء أكان الكشف بالقول أم بالكتابة أم بالرمز أم بالإيماء.. " أنظر : الإمام الغزالــي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جــ٢ ص ١٩٥ باب حد النميمة وما يجب فى ردها ، ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ص ١٤١ .

(٤) سورة المائدة ، آية [١٠١].

(٥) مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جــ٤ ص١٨٣١، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ ٣ ص٣٢٤، الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جــ ٨ص ١٠٦.

الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك ما روى عن جابر بن عبد الله انه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهى أمانة** "[1] وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " **المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام ، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال بغير حق** "[2]، وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : " **إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضى إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها** "[3] . وما روى عن الحسن رضى الله عنه ــ انه قال : " إن من الخيانة أن تحدث بسر أخيك "[4]، فهذه الأحاديث الشريفة وهذا الأثر تنهي عن إفشاء السر وتحض على حفظه وتجعل ذلك من باب الأمانات وهذا يعني وجوب السكوت عن ذلك.

ومن السكوت الواجب فى مجال المعاملات : السكوت عن الخداع والغش "التدليس" بالقول فى المعاملات. وفى العقود عامة.

وقد بينا ــ فى إطار الحديث عن التدليس " التغرير " المحرم فى العقود انه يتحقق بالفعل، أو بالقول ، أو بمجرد السكوت والكتمان، وعلمنا أن الكتمان الذى يتحقق به التدليس إنما هو من قبيل السكوت المحرم.

أما ما نحن بصدده الآن ــ أى السكوت الواجب ــ فهو السكوت عن التدليس " التغرير القولي " فحيث ورد النهي عن الكلام ــ الكاذب ــ فى هذه الحالة فإن السكوت عنه يكون واجبا.

والمقصود بالتدليس " التغرير القولي " الكذب الصادر من أحد المتعاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد.

أى إنه كذب فيما يتعلق بمحل التعاقد ــ فى جانبيه ــ عن طريق الكذب بالقول أو بالإدلاء ببيانات أو أقوال كاذبة.

ومثاله فى عقد البيع، أن يقول البائع قد عرض على فيه كذا أو انه مصنوع فى

---

(١)أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٦٩ ، كتاب الأدب باب فى نقل الحديث، الترمذي ــ الجامع الصحيح ــ سنن الترمذي ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٣٤١، كتاب البر والصلة ــ باب ما جاء فى أن المجالس أمانة.

(٢) أبو داود ــ سنن أبى داود ــ المرجع السابق جـ٤ ص٢٦٩، كتاب الأدب.

(٣) أبو داود ــ سنن أبى داود ــ المرجع السابق جـ٤ ص٢٦٩ ، كتاب الأدب.

(٤) ابن أبى الدنيا ــ الصمت وحفظ اللسان ــ مرجع سابق ــ ص ٢١٣.

بلد كذا، مع أن الواقع غير ذلك[1].

وقد يكون هذا الكذب من غير المتعاقدين، كأن يقول شخص لآخر، عامل فلانا فإنه ثقة ملئ، وهو يعلم خلاف ذلك[2].

وهذا النوع من الكذب منهى عنه شرعا، وقد سبق أن ذكرنا أن التدليس بأنواعه ــ بالفعل أو القول أو السكوت ــ محرم شرعا[3].

وبالإضافة إلى ما ذكرناه من أدلة على تحريم التدليس، فإن الكذب فى البيع وفى العقود بقصد الغش والخديعة وإيقاع المتعاقد الآخر فى التعاقد وردت بشأنه نصوص خاصة بالنهي عنه فى القرآن الكريم وفى السنة النبوية المطهرة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى : " **إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولائك لا خلاق لهم فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم** " [4].

وذكر الإمام البخاري : " أن رجلا أقام سلعة وهو فى السوق، فحلف بالله لقد أعطى بهــا ما لم يعط ليوقع فيها رجلا من المسلمين، فنزلت الآية الكريمة : " **إن الذين يشترون بعهد الله ..** " .

وقد استدل العلماء من ذلك على انه يكره الحلف فى البيع مطلقا، فإن كان كذبا فهى كراهة تحريم، وإن كان صدقا فكراهة تنزيه ، فيكره للتاجر أن يحلف لأجل ترويج السلعة وتزينها [5].

---

(١) انظر فى ذلك : د/ مصطفى أحمد الزرقاء ــ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جــ١ ص٣٧٩ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص٣٢٨، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٩٢، د/ على أحمد مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق جــ١ ص٤١، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص ٢٣٦،د/ عبد الحليم القوني ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص ٣٥٣، يوسف محمد عيسي ــ التدليس فى عقد الزواج والآثار المترتبة عليه فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٧.

(٢) الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جــ ٣ ص١١٥.

(٣) راجع ما سبق فى حكم التدليس ودليله فى السكوت المحرم.

(٤) سورة آل عمران ، آية [٧٧] .

(٥) انظر ــ القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثاني جــ٤ ص١١٣، المجلد الثالث جــ٥ ص١٣٦، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ٤ ص٣٨٧.

ومن السنة ما يؤكد النهي عن الحلف الكذب على السلعة أيضا، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " **ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم ، قلنا : من هم يا رسول الله ؟ فقد خابوا وخسروا فقال : المنان، والمسبل إزاره، والمنفق سلعته بالحلف الكاذب**" (١).

فلا خلاف على أن الكذب والحلف على السلعة لترويجها منهي عنه وهذا يفيد وجوب السكوت عن ذلك.

ويلحق بذلك ـ السكوت الواجب عن التدليس بالقول الكاذب ـ التدليس القولي الصادر من الغير، وبخاصة فى عقد البيع ، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامي ببيع النجش(٢).

والنجش فى اصطلاح الفقهاء : عرفه الإمام الغزالي بأنه : " أن يتقدم إلى البائع بين يدي الراغب المشتري ويطلب السلعة بالزيادة وهو لا يريدها وإنما يريد تحريك رغبة المشتري فيها " (٣).

وعرفه الإمام مالك بأنه : " أن تعطيه بسلعة أكثر من ثمنها، وليس فى نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك " (٤).

وعرفه الماوردي بأنه : " أن يحضر الرجل السوق فيري السلعة تباع فيزيد فى

---

(١) انظر:مسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق ـ جـ١ص١٠٢، كتاب الإيمان وللحديث روايات متعددة فى الصحيفة المشار إليها، الترمذي ـ الجامع الصحيح ـ سنن الترمذي ـ مرجع سابق جـ٣ ص٥٠٧ كتاب البيوع ، ومنه أيضا ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ قال : " من حلف على يمين وهو فيها فاجر، ليقتطع بها مال أمرئ مسلم لعنه لقى الله وهو عليه غضبان " ـ الترمذي ـ الجامع الصحيح جـ٣ ص ٥٦٠ ـ كتاب البيوع.

(٢) والنجش فى اللغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه. وتناجشو فى البيع وغيره تزايدو، يقال نجش الرجل ينجش نجشا، واطأ رجلا يريد بيعا، ومعناه أن يزيد الرجل فى سلعة أكثر من ثمنها وليس قصده أن يشتريها بل ليغر غيره فيوقعه فيه وكذلك فى النكاح وغيره والاسم نجش، والفاعل ناجش، ونجاش، وأصل النجش الاستتار، لأنه يستر قصده، ومنه يقال للصائد، ناجش لاستتاره ، انظر الفيومي المصباح المنير ـ مرجع سابق جـ ٢ ـ مادة نجش ، البستاني ـ قطر المحيط ـ مرجع سابق جـ٢ ص٢١٣٣.

(٣) انظر : الإمام الغزالي ـ إحياء علوم الدين ـ مرجع سابق جـ ٣ص ١٠٣.

(٤) انظر: الإمام مالك ـ الموطأ ـ مرجع سابق ص ٦٨٤ كتاب البيوع ، ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ ٤ص ٤٣٥.

ثمنها وهو لا يرغب فى ابتياعها ليقتدي به الراغب فيزيد اغترارا به " (١).

وعرفه البهوتي بأنه:" أن يزايده ــ أى المشتري ــ من لا يريد الشراء ليغره" (٢).

وعرفه الكاساني بأنه " أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد فى ثمنه " (٣).

ويفهم من هذه التعريفات أن النجش فى اصطلاح الفقهاء. مأخوذ من معناه اللغوى بمعني الاستثارة . فهذا يعني عند الفقهاء أن يستثار المشتري بحيلة معينة هى الزيادة فى ثمن السلعة، لا بغرض الشراء وإنما إغراء المشتري واستثارته ليشتر بثمن أعلى من ثمنها وفيه نوع خداع وتضليل ومنه أيضا مدح السلعة للحصول على ثمن أكثر من قيمتها(٤).

وقد يقع النجش بمواطأة ــ اتفاق ــ بين البائع والناجش فيشتركان فى الإثم، وقد يقع بغير علم البائع فيختص الناجش بالإثم، وقد يختص به البائع إذا أخبر بأنه اشتري سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر غيره بذلك(٥).

---

(١) انظر الماوردي : الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جــ٥ ص٣٤٣، وهذا التعريف قريب مما جاء عن الإمام الشافعي كتاب الأم ــ مكتبة الكليات الأزهرية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٦١ جــ٣ ص٩١.

(٢) البهوتي ــ شرح منتهي الإرادات ــ دار الفكر بدون تاريخ جــ٢ ص١٧٣١، وقريب منه ما ذكره الزرقاني " أن يزيد فى السلعة ليغتر به غيره " الزرقاني ــ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ــ مرجع سابق جــ٣ ص ٣٤١.

(٣) الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جــ٥ ٣٤٥.

(٤) الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق ــ جــ٥ ص١٦٦ باب النهي عن النجش ، الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق جــ٣ ص٨٢٣ باب النجش فى البيوع ، الزرقاني ــ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ــ مرجع سابق جــ٣ ص ٣٤١، د/ مصطفى على الزرقاء ــ الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جــ١ ص ٣٧٧، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ١٥٢، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠ جــ١ ص٢٢٣ ، د/ أحمد فراج ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٣٢٨، د/ عبد الحليم القوني ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص ٣٥٥.

(٥) انظر الإمام الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق ــ جــ ٣ ص١٠٣، الشوكاني ــ نيل الأوطار مرجع سابق جــ٥ ص ١٦٦، باب النهي عن النجش، ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق ــ جــ٨ ص٤٤٨.

وقد أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله[1]، وذلك لأن النجش منهي عنه لأنه قائم على الخديعة والمكر وتلك معان مبغوضة محرمة فى الإسلام[2].

أما أدلة النهي عنه، فمنها ما رواه ابن عمر – رضى الله عنهما – انه قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش " [3].

وما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تحاسدوا ولا تباغضوا ، ولا تجسسوا، ولا تحسسوا ، ولا تناجشوا، وكونوا عبادا لله إخوانا" [4].

ففى هذين الحديثين الشريفين دلالة واضحة على النهي عن النجش . وقد ورد التعبير عن النجش فى الحديث الثاني " بالتناجش " من التفاعل، لأن التجار يتعاوضون فيفعل لصاحبه على أن يكافئه بمثل ما فعل فنهوا عن أن يفعلوا معاوضة فضلا عن أن يفعلوا بداءا [5].

وقد اختلف الفقهاء فيما يفيده النهي عن النجش . فذهب الجمهور إلى انه يفيد التحريم، وعليه يكون النجش حراما، لأن النهي يقتضي التحريم ، ولا قرينة هنا تصرفه عنه[6].

---

(١) انظر الشوكاني – نيل الأوطار – مرجع سابق جـ٥ ص١٦٦، الصنعاني – سبل السلام – مرجع سابق جـ ٥ ص ٨١٣.

(٢) الإمام الشافعي – الأم – مرجع سابق جـ٣ ص٩١، ابن مفلح – المبدع فى شرح المقنع – المكتب الإسلامي – ببيروت سنة ١٩٨٠ جـ٤ ص٧٨، الماوردي – الحاوي الكبير – مرجع سابق جـ٥ ص٣٤٣، د/ مصطفى الزرقاء – الفقه الإسلامي فى ثوبه الجديد – مرجع سابق جـ١ ص٣٧٧ د/ رمضان على السيد الشرنباصي – حماية المستهلك فى الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص١٥٢ د/ مصطفى سعيد الخن – أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء – مؤسسة الرسالة الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨ ص ٣٧٢.

(٣) ابن ماجة – سنن ابن ماجة – مرجع سابق – جـ ٢ ص ٧٣٤، الصنعاني – سبل السلام – مرجع سابق – جـ ٣ ص ٨١٣، الشوكاني – نيل الأوطار – مرجع سابق – جـ ٥ص ١٦٦، ورواه مسلم برواية أخرى عن أبى هريرة – رضى الله عنه – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " نهى التلقي للركبان وان يبيع حاضر لباد، وان تسأل المرأة طلاق أختها، وعن النجش ، والتصرية ، وان يستام الرجل على سوم أخيه " ، انظر صحيح مسلم جـ ٣ ص١١٥٥، كتاب البيوع .

(٤) مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق – جـ٤ ص ١٩٨٥، كتاب البر والصلة .

(٥) ابن ماجة – سنن ابن ماجة – مرجع سابق جـ ٢ ص ٧٣٤، محمد فؤاد عبد الباقي – فى تعليقه على الحديث بصحيح مسلم جـ٤ ص ١٩٨٥.

(٦) الإمام الشافعي – الأم – مرجع سابق جـ ٣ ص ٩١، الموارد ي – الحاوي الكبير – مرجع سابق جـ٥ ص٣٤٣، الشيخ محمد عليش – تقريراته على الشرح الكبير – مطبوع مع حاشية الدسوقي مرجع سابق – جـ ٣ ص ٦٨، البهوتي – شرح منتهي الإرادات – مرجع سابق جـ٢ ==

وذهب الحنفية إلى أن النجش مكروه كراهة تحريم فى حالة كون الزيادة فوق ثمن المثل، فإن كانت كثمن المثل أو دونه فلا كراهة[1].والراجح هو رأى الجمهـــور، وهو أن النجش حرام، والمقصود النجش " لا البيع " وذلك لاشتماله على التغرير والخديعـــة ولذلك قال البخاري : " الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحـــل " [2].

وإذا ثبت أن النجش حرام فيكون السكوت عنه واجبا.

وبعد ، فقد بينا معنى السكوت الواجب وضربنا أمثلة له ، وكما قلنا فإن الســكوت يكون واجبا إذا كان الكلام محرما، ويقاس على ذلك وجوب السكوت عن كل قـــول أو فعل محرم بدليل شرعي، سواءا كان فى مجال العقـــائد، والأخـــلاق، أم العبـــادات، أم المعاملات، وبذلك نكون قد فرغنا من بيان الوصف الشـــرعي للســكوت أى " حكمـــه التكليفي " . من حيث الوجوب ، أو الحرمة ، أو الندب ، أو الكراهة ، أو الإباحة.

= ص١٧٣١، الإمام الغزالي ــ إحياء علوم الدين ــ مرجع سابق جــ٣ ص١٠٣ ، ابن رشد ــ بدايـــة المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جــ ٢ ص ٢١٢، د/ على مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجـــع سابق ــ ص٨٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامي ــ مرجـــع سابق ص١٥٢.

(١) الكساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جــ٥ ص٣٤٥، وانظر أيضا د/ مصطفى الزرقاء ــ الفقــه الإسلامي فى ثوبه الجديد ــ مرجع سابق جــ١ ص ٣٧٧، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة ــ مرجع سابق ص ٣٢٨، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإســلامية والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٢٣.

(٢) ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق ــ جــ٤ ص٥٠٤، البهوتي ــ شرح منتـــهي الإرادات ــ مرجـــع سابق جــ ٢ ص ١٧٣١، د/ على مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق ص ٩٠.

الفصل الثاني

حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه

الفصل الثاني
حكم السكوت بمعني الأثر المترتب عليه

تمهيد وتقسيم :

تكلمنا فى الفصل السابق من هذا الباب عن حكم السكوت بمعني وصفه الشرعي من حيث الوجوب، والحرمة، والكراهة ، والندب ، والإباحة ، وهنا نود بيان حكمه بمعني الأثر المترتب عليه . أى مدى دلالة السكوت على إرادة المكلف وأثر ذلك على تصرفاته والتزاماته، ومن ثم أثر ذلك على أحكام هذه التصرفات من حيث الجواز، أو الصحة والبطلان. فقد أشرنا قبل ذلك إلى انه قد يتم التعبير عن الإرادة ــ أحياناً ــ من خلال السكوت ، والمراد بيان مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة وما يترتب على ذلك من أحكام.

وليس من قبيل المصادرة على المطلوب أن نحدد بداية أن السكوت فى ذاته بحسب الأصل ــ لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بصورها المختلفة فى مجال العقود والتصرفات. إلا أنه فى ظروف معينة قد يعد دليلاً وإظهاراً للإرادة وفى ذلك جاءت القاعدة الفقهية الجليلة التى لخصت قيمة السكوت ومدى دلالته على الإرادة وحكم الأمر المسكوت عنه، فقد قررت هذه القاعدة أنه : " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

وسوف نتناول ــ فيما يلي ــ مدى دلالة السكوت على الإرادة فى مجالاتها وصورها المختلفة من خلال تلك القاعدة التى تشتمل على الأصل وخلافه ــ أى الاستثناء عليه ــ فى دلالة السكوت.

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول : الأصل فى دلالة السكوت.

المبحث الثاني : الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت.

المبحث الأول
الأصل فى دلالة السكوت

تمهيد وتقسيم :

أشرنا قبل ذلك إلى أن الفقهاء قد صاغوا قاعدة فقهية شهيرة تتعلق بمدى دلالة السكوت على الإرادة، تلك القاعدة هى : " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " . والشق الأول من هذه القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " هو بمنطوقه عبارة الإمام الشافعي ــ رحمه الله ــ ويتضمن المبدأ أو الأصل فى دلالة السكوت على الإرادة.

وفى هذا المبحث نحاول دراسة الأصل فى دلالة السكوت من خلال بيان المقصود بهذا الشق من القاعدة، وبيان دليله الشرعي، والأثر الفقهي المترتب عليه ، مع ذكر بعض التطبيقات العملية المتفرعة عليه فى الفقه الإسلامي، ثم بيان موقف القانون الوضعي من ذلك:

وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : المعني المقصود من قول الفقهاء " لا ينسب إلى ساكت قول " ودليله الشرعي.

المطلب الثاني : الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض التطبيقات العملية عليه.

تعقيب : موقف القانون الوضعي من الأصل فى دلالة السكوت.

المطلب الأول

معنى : لا ينسب إلى ساكت قول ودليله الشرعي

الفرع الأول

المقصود بقول الفقهاء : " لا ينسب إلى ساكت قول "

يقصد الفقهاء بذلك أنه لا يقال لساكت إنه قال كذا، فالشخص الساكت الذى لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه، أو عدم رضاه، لا يمكن أن يترجم سكوته هذا بموافقة أو عدمها، ولا يمكن أن ينسب إليه ما لم يقله بالظن والتخمين، أو بتوقع قوله ببيع شئ أو بالإذن فيه بالتصرف، أو بدفع تهمة، أو برفع حق وجب له، أو نحو ذلك من كل ما يعتمد على الإرادة ويستلزم إظهارها للوقوف على حقيقته[1]. ولكن من هو الساكت، وما هو السكوت المقصود فى هذا القول ؟

أولا: المراد بالساكت :

والمراد بالساكت فى هذه القاعدة ، الشخص الذى يلتزم الصمت حيال أمر معين كان ينتظر منه إظهار إرادته المعتبرة نحو تلك الأمر.

والفرض أن هذا الشخص قادر على التكلم، بحيث لا يمنعه مانع ـ مادي أو أدبي من الكلام أو التعبير عن إرادته[2].

كما يفترض كذلك علم هذا الشخص بالأمر المسكوت عنه، وهو محل السكوت وهو ذلك الأمر الذى يصلح لأن يتعلق به السكوت، وهو كل أمر عينه الشارع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت به فينتج أثرا شرعيا فى حق الساكت، سواء أكان ذلك عقدا أم تصرفا كالبيع والهبة والإذن والإجازة أو واقعة يرتب عليها الشارع حقوقا وآثارا معينة، كالاستيلاء والنسب والغصب، والجوار، والحيازة وما إلى ذلك من الأمور التى تمس حقا أو مركزا للشخص الساكت، فلابد أن يكون الساكت عالما بالأمر المسكوت

---

(١) انظر على حيدر ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٥٩، الشيخ أحمد الزرقا ـ شرح القواعد الفقهية ـ مرجع سابق جـ١ ص ٢٧٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص ١٧، د/ محمود عبد الله العكازي ـ شرح القواعد الفقهية ـ مرجع سابق ص ٨٨، د/ أحمد محمد الحصري ـ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٣٠٩،د/ محمد بكر إسماعيل ـ القواعد الفقهية بين الأصال والتوجيه ـ مرجع سابق ص١٤٤.

(٢) راجع ما سبق فى تعريف السكوت.

عنه، الذى يفترض أن يكون أمراً يتعلق به حق له أو عليه، إذ لا يتصور أن يقال بأن الساكت قد رضى أو رفض أمراً ما، دون أن يكون عالماً بهذا الأمر ابتداء، كما لا يتصور أن ينتظر من الساكت قبول أمراً ورفضه من غير أن يكون له علاقة به[1].

ثانياً: السكوت المقصود من هذا الشق من القاعدة :

والسكوت المقصود من هذه القاعدة هو السكوت المجرد ـ أو البسيط ـ أى السكوت البحت الذى لا يصحبه قول ولا فعل من نحو كتابة أو إشارة، أو أى فعل يمكن من خلاله استنتاج الإرادة ، كما انه مجرد عن القرينة ، أى انه سكوت ساكن فى ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه [2]، وسواء أكان هذا السكوت حقيقياً أم حكمياً . كما سبق أن ذكرنا[3].

والسكوت بهذا المعني الذى حددناه يختلف عما يلي :

١-السكوت بهذا المعني يختلف عن حالة التعبير عن الإرادة بالمعاطاة والتى سبق أن علمنا أنها تقتضي البذل من الجانبين أو من جانب واحد حيث لم يكن السكوت بصددها سكوتاً مطلقاً، وإنما كان سكوتا صاحبه فعل وحق البذل كما سبق أن ذكرنا[4].

٢-كما يختلف هذا السكوت أيضاً عن حالة التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة الفعلية أو التعبير الضمني، حيث إنه فى حالات التعبير بالدلالة يتم إظهار الإرادة من خلال فعل من الطرفين أو من أحدهما، وقد سبق أن تعرضنا لذلك بالتفصيل فى موضع سابق، وذلك من خلال ما عرضناه من بعض صور التعبير عن الإرادة بالدلالة، وهنالك ظهر لنا انه فى تلك الصور ومثيلاتها يتم التعرف على الإرادة من خلال فعل معين ، لا من خلال مجرد السكوت، وذلك كأن يستفاد الإيجاب من عرض البائع للسلع بأثمانها، أو يستفاد القبول من تصرف من وجه إليه

---

(١) راجع د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٣١، عبد القادر محمد قحطان ـ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ـ مرجع سابق ص٨٨٢ ، ص٨٨٥.

(٢) انظر د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٦٤ د/ شروت فتحي إسماعيل ـ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص ٨٦، د/ جلال العدوي ـ أصول الالتزامات ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص ٩١.

(٣) راجع ما سبق فى شرح تعريف السكوت.

(٤) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت والمعاطاة.

الإيجاب فى شئ عرض عليه ليشتريه، أو أن يستفاد فسخ البيع من البائع بشرط الخيار من خلال تصرفه فى الشئ المبيع، وهكذا، إلى غير ذلك من صور التعبير دلالة التى يستدل على الإرادة من خلال ما يصاحبها من أفعال، وهذا بالطبع غير السكوت الذى معنا والذى تشير إليه القاعدة فى شقها الأول فهو سكوت مجرد غير مصحوب بفعل من هذه الأفعال يستدل من خلاله على الإرادة[١].

٣-كما يختلف السكوت بهذا المعني عن السكوت الذى يمكن أن يعبر عن الإرادة من خلال ما يحيط به من قرائن أو ظروف معينة تعطي دلالة لهذا السكوت وهو ما يعرف فى القانون الوضعي وفقهه بالسكوت الملابس، كما يختلف عن السكوت التى تتحدد دلالته بالنص، أو العرف أو الاتفاق الذى سنبينه فى موضع لاحق.

نخلص مما سبق إلى أن السكوت المقصود فى هذه القاعدة هو السكوت المجرد عن القول والفعل أو القرينة، أو النص أو العرف أو الاتفاق الذى يمكن من خلاله تحديد دلالته. هذا السكوت يشترط فيه أن يكون صادرا من شخص قادر على التكلم، عالم بالأمر المسكوت عنه معني به.

---

(١) راجع ما سبق فى صور التعبير بطريق الدلالة ــ د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ص ٥٩.

الفرع الثاني

دليل هذا القول

سبق أن علمنا أن الشق الأول من القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " والمتضمن للمبدأ العام فى دلالة السكوت هو فى أصله عبارة الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ .

هذا القول يستند إلى عمومات النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية التى تنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وتحرم الاعتداء على الأموال والدماء والأعراض، وتوجب أن يكون ذلك عن تراض وطيب نفس . كما يستند أيضاً إلى المعقول.

من هذه النصوص ـ من القرآن الكريم ـ قوله تعالى : " **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** " [1] ، وقوله تعالى " **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم** " [2].

ومن السنة النبوية قوله – صلى الله عليه وسلم –: " **كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**" [3].

وقوله – صلى الله عليه وسلم – : " **إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام** " [4].

وقوله – صلى الله عليه وسلم – : " **لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه** " [5].

---

(١) سورة البقرة ، آية [١٨٨] .

(٢) سورة النساء ، آية [٢٩] .

(٣) مسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق ـ جـ٤ كتاب البر والصلة سنة ١٩٨٦ ، حديث رقم ٢٥٦٤.

(٤) هذا طرف من حديث طويل فى حجة الوداع ـ رواه البخاري ومسلم أنظر : ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق جـ٣ ص٧٠١ ، كتاب الحج ، ومسلم ـ صحيح مسلم ـ مرجع سابق جـ٣ ص١٣٠٦ كتاب القسامة ـ باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ـ وفى صحيح مسلم أيضاً جـ٢ ص٨٨٩، كتاب الحج ـ ونص فيه على الدماء والأموال فقط كما فى البخاري ، الصنعاني ، سبيل السلام ـ مرجع سابق جـ ٣ ص٩٠٨.

(٥) ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق ـ جـ١٢ ص٤٠٩ ، كتاب الحيل ، الصنعاني ـ سبل السلام جـ٣ ص٨٨٦، وجاء فى سبل السلام للصنعاني ، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –" لا يحل لإمرء مسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه " . جـ٣ ص ٨٨٦ ==

إلى غير ذلك من الأحاديث النبوية التى توجب أن يتم بذل المال عن تراض سواء أكان ذلك فى بيع أم غيره [١].

وجه الدلالة من هذه النصوص :

هذه النصوص ـ متضافرة ـ تدل على حرمة الأموال ـ المملوكة ـ وتحريم الاعتداء عليها وأكلها بالباطل ، أى بغير حق ـ وهذا يدخل فيه القمار والخداع والغصب ، وجحد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكه[٢].

وأن هذه النصوص قيدت التجارة وانتقال الأموال بين الناس بالتراضي[٣].

فمن أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل ، واعتدى عليه وانتهك ما حرم الله. فليس لأحد أن يحل ما حرم الله تعالى من ماله إلا بالوجه الذى أباحه نص القرآن أو السنة النبوية وهو الرضا [٤].

ولما كان الرضا أمراً خفياً وضميراً قلبياً لا يطلع عليه اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي ، وضابط جلي، يستدل به عليه، وهو النطق، وما يقوم مقامه في ذلك[٥] من كتابة أو إشارة ، أو فعل من معاطاة أو غيرها مما جرت العادة الصحيحة

== وتلك أدلة عامة يخرج من عمومها أشياء كثيرة كأخذ الزكاة كرهاً والشفعة وإطعام المفطر ، ونفقة القريب المعسر والزوجة وكثير من الحقوق المالية التى لا يخرجها المالك برضاه فإنها تؤخذ منه كرهاً.

(١) من ذلك ما روي أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " **إنما البيع عن تراض** " أخرجه ابن حبان وابن ماجة ـ انظر الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٣ ص٧٨٧ ، كتاب البيوع ، ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص ٣٥٢ كتاب البيوع.

(٢) أو حرمته الشريعة وان طابت به نفس مالكه ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن ، وأثمان الخمور والخنازير، وغير ذلك . انظر ـ القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن ـ مرجع سابق ـ المجلد الأول جـ٢ ص٣١٥، ابن كثير ـ تفسير القرآن العظيم ـ مرجع سابق ـ المجلد الأول ـ ص٤٧٩.

(٣) ابن حجر ـ فتح الباري ـ مرجع سابق ـ جـ٤ ص ٣٥٢ ، كتاب البيوع .

(٤) انظر : ابن حزم ـ المحلي ـ مرجع سابق ـ جـ٨ ص٢٣٥ ، القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن مرجع سابق ـ المجلد الأول ـ جـ٢ ص٣١٥، المجلد الثالث ـ جـ٥ ص١٣٢، د/ علي محمد الصابوني ـ صفوة التفاسير ـ مرجع سابق جـ٢ ص١٠٠٩.

(٥) الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ـ ص ١٤٣، الصنعاني ـ سبل السلام مرجع سابق ـ المجلد الثاني ـ ص ٧٨٧ .

على استنباط الرضا منها على نحو ما بينا سابقاً [1].

وعلى ذلك : فإن السكوت بمجرده لا يكفي دليلاً للرضا الذى هو الأصل الذى تبنى عليه العقود والتصرفات عامة، ولا شك فى أن انتزاع الرضا من سكوت مجرد غير مصحوب بقول ولا فعل ــ ونسبة قول أو فعل إلى شخص ساكت لم يقله، ولم يفعله ، فيه نوع من الظلم والافتراء والضرر ، وكل ذلك منهي عنه بنصوص الشرع.

ولهذا يقول الإمام الماوردي ــ رحمه الله ــ : " **من نسب إلى ساكت قولا أو اعتقادا فقد افترى عليه** " [2]. ويقول الإمام الشافعي ــ رحمه الله ــ : " **لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل ، إنما ينسب إلى كل قوله وعمله** " [3]. وذلك تجنبا للوقوع فى ما نهى الشارع عنه من الظلم والافتراء والضرر.

وهذه النصوص ليست خاصة فى الأموال، وإنما ينطبق حكمها فى كل حالة يكون للإرادة دور فاعل فيها ويلزم التعرف على الإرادة بشأنها فى مجال الأموال وفى غيرها على حد سواء.

ولذلك، فقد استدل بها الظاهرية على أن السكوت لا يعتد به بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة ولا يعد رضا إلا فى حالتين ذكرهما ابن حزم فى قوله: " **والسكوت ليس رضى إلا من اثنين فقط، أحدهما: رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المأمور بالبيان.. الثاني : البكر فى نكاحها للنص الوارد فى ذلك** " [4]. وسنبين ذلك فى موضع لاحق.

وأما دليل هذا القول من المعقول فمن وجهين :

---

(١) سبق أن ذكرنا فى التمييز بين السكوت وما يشتبه به من وسائل التعبير عن الإرادة أن الأصل فى ذلك هو اللفظ أو القول وينوب عنه فى ذلك الكتابة والرسالة والإشارة والمعاطاة ــ عند الجمهور ــ والدلالة ــ راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت و ما يشتبه به.

(٢) الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ١٦ ص١١١ ، كتاب أدب القاضي .

(٣) الإمام الشافعي ــ الأم ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ١٥٢.

(٤) انظر : ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق ــ جـ٧ ص ٢٣٥.
كما استدل بها الشافعية أيضا على نبذ المعاطاة وسيلة للتعبير عن الإرادة وعدم صلاحيتها لإفادة الرضا برغم اشتمالها ــ المعاطاة ــ كما علمنا سابقا ــ على فعل وهو البذل من الجانبين أو من أحدهما، ولذا فإن الاستدلال بها على دلالة السكوت نفسها ــ غير المصحوب بقول ولا فعل ــ أولى وأبلغ . انظر الزنجاني ــ تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ١٤٣، د/ وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٦٥.

الأول : فلأن السكوت المجرد ـ المقصود فى هذا الشق من القاعدة ـ دلالته على الإرادة ـ فى مختلف مجالاتها ـ محتملة، والمحتمل لا يكون حجة[1]. أما كون دلالته محتملة، فلأن السكوت قد يكون نتيجة عدم الانتباه، أو الشرود، أو عدم الإكتراث أو الاستهزاء أو الاستغراب، أو الموافقة، أو الرفض ، أو الإنكار إلى غير ذلك من المعاني[2] التى تتردد دلالة السكوت بينها، والتى يصعب الركون إلى أحدها من غير فعل أو قرينة ، أو عرف يرجحها، ويفسر هذا السكوت على نحو معين.

جاء فى المبسوط فى هذا المعني : " إن سكوت المالك ـ حين يرى الغير يبيع ملكه ـ محتمل ، قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات إلى تصرف الفضولي، وقد يكون بطريق التعجب.. والمحتمل لا يكون حجة " [3].

ونقل عن الإمام الشافعي أيضا : " .. لا يكون سكوت المولي حيث يرى عبده يبيع ويشتري ـ إذنا له ، لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضا بتصرفه ، وأن يكون لفرط غيظه، والمحتمل لا يكون حجة " [4].

وأما كونه غير حجة، فلأنه مع تعدد احتمالات أسباب التزامه ـ السكوت أو الموقف السلبي البحت ـ وصعوبة تحديد أحدها على جهة القطع واليقين تكون دلالته ظنية لا يعتد بها دليلا على الإرادة فى أى صورة من صورها ، موافقة ورضا أو رفضا وإنكارا، أو إقرارا ، أو إذنا ، أو إجازة إلى غير ذلك من صور الإرادة؛ لأن ذلك سيكون محض افتراض مجرد عن أى أساس، ومن ثم يمكن أن تستحل الأموال والأعراض، والدماء على غير إذن الشرع سيما أن هذا الشخص ـ الساكت ـ لديه مكنة التعبير عن إرادته حيال الأمر المسكوت عنه من خلال قول أو فعل.

---

(١) ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق جـ ٤ ص ٢٢٤، الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص ٢٤٣.

(٢) انظر فى ذلك د/ صبحي محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ـ جـ٢ ص٥٤، د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص٢٦٥ د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص١٧ د/ ثروت فتحي إسماعيل ـ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص ٨٩، د/ على محي الدين القرة داغي ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ص ١١٥٥، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت وأثره فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص ٣٩، د/ محسن البيه ـ مشكلتان متعلقتان بالقبول و السكوت والإذعان ـ مرجع سابق ص ١١٨.

(٣) السرخسي ـ المبسوط ـ مرجع سابق جـ٣ ص ١٤٠.

(٤) مشار إليه عند د/ وحيد الدين سوار ـ فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٦٥،د/عبد الرازق حسن فرج - دور السكوت وأثره فى التصرفات القانونية- مرجع سابق ص ٤٠.

وفى هذا يقول الإمام ابن نقيم : " إن الله تعالى .. رتـــب علـــى تلـــك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ــ وما يقوم مقامها ــ ولم يرتب تلك الأحكام علـــى مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول .. " [1].

فمهما يكن من التساهل فى استخلاص هذه الإرادة، فلا شك أن هـــذا التســاهل لا يصل إلى الحد الذى يعد فيه امتناع الشخص عن إبداء رضائه ــ صراحة أو دلالـــة ــ رضاء منه، ولو أخذنا بذلك جعلنا كثيرا من الناس يرتبطون بعقود لا يرتضـــون بـــها ولكنهم لم يجدوا ما يقتضي أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها، أو وجدوا مانعا أدبيـــا مـــن المجابهة بالرفض فلزموا الصمـــت، فتصبـــح الروابـــط الإنســـانية عرضـــة للتقلقـــل والاضطراب، ولكان فى ذلك حرج وعنت شديد على الناس[2].

الثاني : أنه لما كان عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيـــها، فإنـــه يصار إلى اليقين ولا يلتفت إلى الشك، ومن هنا كان قول الفقـــهاء : " لا ينســـب إلـــى ساكت قول". وهو وثيق الصلة بالقاعدة الأساسية الشهيرة: " اليقين لا يزول بالشك " [3].

وبذلك: فإن مبدأ عدم الاعتـــداد بالسكـــوت المجرد هو بمثابة استصحاب لحالـــة الشخص الساكت ، ومن ثم فلا ينسب إليه قول لم يقله، أو فعل لم يفعله، وفى ذلك يقول الإمام الزركشي : " حيث قلنا لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل "[4].

والحكمة التشريعية من هذا القول.. المحافظة على الأموال والأعراض والدمـــاء وحماية المتعاقدين وضمان الاستقرار فى التعامل بين الناس.

---

(١) انظر : ابن القيم ــ إعلام الموقعين ــ مرجع سابق جـ٣ ص ١٠٥.

(٢) انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري ــ النظرية العامة للالتزامـــات ــ نظريـــة العقـــد ــ مرجـــع ســـابق ص١٥٧، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجـــع سابق ص١٧٢.

(٣) انظر د/ على أحمد الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ٤٥٥.

(٤) الزركشي ــ المنثور فى القواعد ــ مرجع سابق جـ ٢ ص ٢٠٩.

المطلب الثاني

الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض التطبيقات عليه

الفرع الأول

الأثر الفقهي

يترتب على قول الفقهاء : " **لا ينسب إلى ساكت قول** " مبدأ فقهي مهم وهو : "**أن السكوت ــ بذاته ــ لا يصلح وسيلة للتعبير عن الإرادة** ". ذلك، لأن السكوت المقصود هنا ــ كما بينا سابقا ــ هو السكوت المجرد عن القول ، والفعل ، والقرينة. ولذا ، كان إجماع الفقهاء على أن هذا السكوت لا يعتد به وسيلة للتعبير والإفصاح عن الإرادة، وهذا هو الأصل في دلالة السكوت[١].

وبناء على ذلك، فإنه لا يصح عد هذا السكوت ــ المجرد ــ دليلا على الإيجاب أو القبول بصدد إنشاء عقد من العقود[٢].

كما لا يمكن عده إذنا ولا إجازة، ولا إبراء، ولا غير ذلك من صور الإرادة، ذلك لأن تلك الإرادة ــ كما سبق أن ذكرنا ــ أمر باطني خفي، يلزم التعبير عنه بإحدى الوسائل المعتد بها شرعا.

---

(١) انظر في ذلك على سبيل المثال د/ صبحي محمصاني ــ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق جـ٢ ص٥٢، ولسيادته أيضا ــ فلسفة التشريع في الإسلام ــ مرجع سابق ص٢٨٥، د/ عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٢٢١، النظرية العامة للالتزامات ــ نظرية العقد ــ مرجع سابق ص١٥٧، د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٦٤، د/ عبد المجيد الحكيم الوسيط في نظرية العقد ــ مرجع سابق جـ١ ص١٤٩، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت في التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ص ٣٤، د/ على حسب الله ــ اصول التشريع الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٣٠، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ص١٠١ د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ص٥٢، د/ على محي الدين القرة داغي ــ مبدأ الرضا في العقود ــ مرجع سابق ص ١١٦٥، د/ عبد المنعم فرج الصدة نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ــ مرجع سابق ص ١٧٢، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص١٠٨، د/ مصطفى محمد الجمال القانون المدني في ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٦٧، د/ عبد الودود يحيي الموجز في النظرية العامة للالتزامات ــ مرجع سابق ص ٤٢.

(٢) وسوف نبين ذلك بشئ من التفصيل في موضع لاحق من البحث.

والسكوت المجرد ـ باتفاق الفقهاء ـ ليس من بين هذه الوسائل التى يتم من خلالها التعبير عن الإرادة التى هى قوام العقود والتصرفات كافة ، نظرا لما سبق أن ذكرنا من أن دلالته إحتمالية غير واضحة ومن ثم لا يكون حجة(١).

ولكن إذا كان السكوت المجرد ليس من وسائل التعبير عن الإرادة على نحو ما بينا، فهل هذا يعني انه عدم؟

يرى بعض فقهاء القانون الوضعي أن السكوت المجرد هو العدم، والعدم لا ينتج إلا عدما ، وعليه فهو لا يمكن أن يفيد شيئا إيجابيا، فإذا أفاد شيئا، فالأصل أن يفيد الرفض لا القبول(٢).

وفى هذا التصوير للسكوت المجرد خلط ـ كما يرى بعض الباحثين بحق ـ من حيث انه ربط بين كون السكوت عدما، ودلالته على الرفض، ورتب الثاني على الأول فى حين أن العدم المحض لا يترتب عليه دلالة على الرفض أو القبول(٣).

ويبدو لى أن القول بأن السكوت المجرد عدم هو قول غير مسلم به وذلك لما يلي:

أولا: أن السكوت ـ بذاته ـ تتعلق به الأحكام الشرعية، أى خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع(٤).

---

(١) يلاحظ أن عدم الاعتداد بالسكوت على هذا النحو يخالف ما جاء فى الأمثال الدارجة فى الشرق والغرب. من أن " السكوت رضا " وأن " السكوت رد الجواب " وأن " من لم يقل شيئا فقد رضى " ، وأنه "إذا كان الكلام من فضة فالسكوت من ذهب "، فهذه الأمثال قد جملت السكوت وأعطت له معنى ومغزى، إلا أن ذلك لا يصدق دائما فى المسائل الشرعية فى معاملات مالية أو غير مالية. انظر د/ عبد الرزاق السنهوري ـ شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزامات ـ نظرية العقد ـ مرجع سابق جـ١ ، ص١٥٧، د/ صبحي محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص ٥٢.

(٢) راجع فى ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط فى شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام مرجع سابق ص٢٢١، ولسيادته كذلك : شرح القانون المدني ـ نظرية العقد ـ مرجع سابق ص١٥٧، د/ عبد المجيد الحكيم ـ الوسيط فى نظرية العقد ـ مرجع سابق ـ جـ١ فى انعقاد العقد مرجع سابق ص ١٤٩، د/ عبد الهادي العطافي ـ صور من طرق التعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص٨٨ ، د/ عبد الرحمن عياد ـ أساس الالتزام العقدي ـ مرجع سابق ص ٣٩، د/ أنور سلطان الموجز فى مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٦٣، د/ محسن البيه ـ مشكلتان متعلقتان بالقبول مرجع سابق ص٥٢، د/ نبيل إبراهيم سعد ـ النظرية العامة للالتزام ـ مرجع سابق ـ جـ١ ص٩٧.

(٣) انظر د/ على محي الدين القرة داغي ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ص ١١٧٢.

(٤) سبق أن ذكرنا تعريف الحكم الشرعي بنوعيه التكليفي والوضعي ـ راجع ذلك فى حكم السكوت.

فالسكوت بوصفه فعلا للمكلف[1] يتعلق به خطاب الشارع علـــى جهـة الطلـب أو التخيير أو الوضع ، أى تتناوله الأحكام التكليفية والوضعية، لذلك، فقــد علمنـا أن السكوت مباح فى الأصل إلا انه قد يكون واجبا أو محرما، أو مكروها، أو مندوبا وذلك بحسب الأمر المسكوت عنه محل السكوت[2].

كما أن السكوت قد يترتب عليه بعض الأحكام التكليفية كتحريم انتقال المال استنادا إلى رضاء مزعوم من مجرد السكوت.

كما أن السكوت قد يكون علامة، أو أمارة على صحة العقــود والتصرفـات أو بطلانها[3]، وسوف يتضح ذلك من خلال ما سنعرضه لاحقا من بعض التطبيقات العملية على السكوت المجرد فى الفقه الإسلامي، إذ لا يصح العقد، ولا التصرف اعتمادا علـى مجرد السكوت. وهذا يعني عدم صحة القول بأن السكوت عدم.

ثانيـا: أن السكوت قد تستشف منه الإرادة من خلال نص، أو عرف، أو قرينـة كما سنرى بعد ذلك.

ومعلوم أن الإرادة شئ داخلي ذاتي للإنسان مرتبط به، فلا يمكن استشفافها إلا من خلال أموره الذاتية المتصلة به، ففعل الغير لا يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة الآخـر لكن يمكن أن يكون قرينة توصل إلى تلك الإرادة.

وفى هذه الحالات يتكون للسكوت وجود يجعله صالحا لأن يكون علامة على تلـك الإرادة.

ومن ثم لا يمكن القول بأن السكوت عدم محض، فالسكوت المجرد هو عدم القـول والفعل الظاهري، وليس عدم الوجود البتة[4].

ولـــذلك، فقد ذكرنا فى تبرير عدم دلالة السكوت على الإرادة. أن دلالته احتمالية

---

(١) سبق أن ذكرنا أن السكوت يعد فعلا من أفعال المكلفين التى يتعلق بها خطاب الله تعالى ــ راجع ما سبق فى حكم السكوت.

(٢) راجع ما سبق ــ فى حكم السكوت.

(٣) ومعلوم أن الصحة والبطلان من أقسام الحكم الوضعي والشرعي.

(٤) فى هذا المعني انظر : د/ على محي الدين القرة داغي ــ مبدأ الرضا فـــى العقــود ــ مرجــع ســابق ص١١٧١-١١٧٢.

صية لترددها بين أكثر من معنى، وبالتالي لا يكون حجة. ونم نقل انه عدم[١].

وذلك لأنه حين يوجد نص أو عــرف أو قرينة ترجح أحد هذه المعاني المتعــددة له أمكن التعويل عليها في استنتاج الإرادة.

ثالثــا: وقد يكون السكوت دليلا على الإنكار للسؤال نفسه كسكوته - صلـــى الله عليه وسلم - عندما يسأل عما لا ينبغي امتثالا لقوله تعالى : " **يا أيها الذيــن آمنــوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها** " [٢]. ومنه أيضا سكوته - صلى الله عليه وسلم - عن الأقرع بن حــابس : فقد تلا عليهم النبي - صلى الله عليه وسلم - قوله تعالى : " **ولله على النـــاس حــج البيت من استطاع إليه سبيلا** " فقال الأقرع: أفي كل عام يا رسول الله ؟ فأعرض النبي عنه وسكت حتى سأله ثلاثا ــ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - والذى نفسي بيده: لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم [٣].

رابعــا: وقد يكون السكوت أحيانا جوابا. فمن استأذن النبي - صلـــى الله عليــه وسلم - فى فعل شئ فسكت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الإذن له دل ذلك علـــى عدم الإذن ومن ذلك ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه حيث قال : " **قلت يا رســـول الله : إنى رجل شاب ، وإنى أخاف على نفسي العنت ولا أجد ما أتزوج به النساء**" زاد فى رواية : **فأذن لى أن اختص فسكت عنى ثم قلت ذلك فسكت عنى ثم قلت مثل ذلــك فسكت عني ثم قلت مثل ذلك فقال النبي** - صلى الله عليه وسلم - **يا أبا هريــرة جــف القلم بما أنت لاق فاختص على ذلك أو زد** . قال ابن حجر : "**فيه من الفوائد ــ جــواز السكوت عن الجواب لمن يظن انه يفهم المراد من مجرد السكوت**" [٤].

---

(١) راجع ما سبق ــ فى الدليل على عدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة بالمعقول ما ذكرناه فى تبرير عدم صلاحية السكوت هو ما قاله كثير من الفقهاء المسلمين من القدامى والمعاصرين منهم على ســـبيل المثال : ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٤، وهو رأى الإمام الشــافعي أيضا. أنظر: الزنجاني ــ تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع ســابق ــ ص ٢٤٣ ، السرخســي ــ المبسوط ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص١٤٠، د/ صبحي محمصـــاني ــ النظريــة العامــة للموجبــات والعقود ــ مرجع سابق جـ١ ص ٥٢، د/ ثروت فتحي إسماعيل ــ صلاحية الســكوت للتعبــير عــن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص ٨٩، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكــام الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٦.

(٢) سورة المائدة ، آية [١٠١] .

(٣) الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ ص٣١٤، مشار إليه عند د/ رمضان الشرنباصي ــ فى السكوت ــ مرجع سابق ص ٤٢.

(٤) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ٩ ــ ص١٠٢ مشار إليه عند د/ رمضان الشرنباصي ــ فى السكوت ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣.

الفرع الثاني

بعض التطبيقات العملية على الأصل فى دلالة السكوت

انتهينا فيما سبق إلى أن السكوت المجرد ليس وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة. وهذا هو الأصل فى دلالة السكوت، والمستفاد من قول الفقهاء : " **لا ينسب إلى ساكت قول** " .

ويتفرع على ذلك كثير من المسائل الفقهية ـ فى أبواب الفقه المختلفة ـ التى تعد تطبيقات عملية على هذا الأصل.

وهذه الفروع الفقهية بعضها محل اتفاق، وبعضها محل خلاف بين الفقهاء، بحسب نظرتهم للسكوت، وتحديد نوعه من حيث كونه سكوتا مجردا أو سكوتا يحيط به ما يخلع عليه دلالة معينة على الإرادة[1].

ونشير إلى أن هذه الفروع، غير واردة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، حتى يقاس عليها غيرها من المسائل التى تتفق معها ، وهى التى يكون السكوت فيها مجردا.

ونسوق فيما يلي بعضا من هذه المسائل على سبيل المثال:

---

(١) الخلاف بين الفقهاء فى بعض تطبيقات السكوت ليس خلافا فى دلالة السكوت المجرد. فهذا بإجماع الفقهاء لا دلالة له على الإرادة فى أى صورة من صورها، وإنما الخلاف فى بعض هذه المسائل حول عد السكوت بصددها سكوتا مجردا ، أو سكوتا يحيط به ما يمكن استنتاج الإرادة من خلاله.

١ ـ المسألة الأولى

السكوت عند بيع الفضولي

وهـذه المسألـة ذكـرها ابن نجيم فى كتابه الأشباه والنظائر حيث ذكر انـه : " لا ينسب إلى ساكت قول " فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكـن وكيـلا بسكوته. ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون فى رضا "[١].

كما وردت بمجلة الأحكام العدلية[٢] كما ورد النص عليها أيضا فى بعض كتـب الفقه الإسلامي الأخرى[٣].

والفضولي فى اللغة هو من يشتغل بما لا يعنيه ، ولا يخصه[٤].

والفضولي فى الفقه الإسلامي . " هو من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعي وليست له ولاية إصداره [٥].

---

(١) انظر : ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٤، الحموي ــ غمز عيـون البصـائر مرجع سابق ــ جـ ١ ص ٤٣٨.

(٢) انظر/ على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٩ ، م " ٦٧" حيث أورد هذه المسألة مثالا تطبيقيا على الشطر الأول من القاعدة : " لا ينسب إلى ساكت قول " . فذكر انـه : إذا باع شخص مال غيره على مرأى ومسمع منه وسكت عن عمله، أى لم ينهه عن البيع فـلا يعـد هـذا السكوت من صاحب المال رضاء منه بالبيع، أو إجازة له، كذا إذا أخبر شخص صاحب مال بأن شخصا باع ذلك المال من آخر فسكت صاحب المال فلا يعد سكوته إجازة لبيع الفضولي ". انظر : كذلك سـليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص ٤٧.

(٣) ففى المجموع للنووي : " إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر ساكت لم يأذن ولم يتكلم لم يصح البيـع عندنا ". انظر النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق جـ٩ ص٢٨٧، وفى المحلي لابن حزم الظـاهري " ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال فإن وقع فسخ أبدا " سواء أكان صاحب المـال حاضرا يرى ذلك ، أم غائبا ولا يكون سكوته رضا بالبيع، انظر ابن حزم المحلي ــ مرجع سابق جـ٨ ص٢٣٤.

(٤) الفيومي ــ المصباح المنير ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ١٣١، ابن نجيم ــ البحر الرائـق ــ الطبعـة الأولى ــ المطبعة العلمية ــ بدون تاريخ جـ ٦ ص ١٦٠.

(٥) انظر فى تعريف الفضولي ــ ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ٦ ص١٦٠، علـي حيـدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص ٦٥ م "١١٢" ، الجرجـاني ــ التعريفـات ص٢١٥، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسـلامي ــ مرجـع سـابق ص٣٤٨ د/ على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سـابق ص ٢٩٠، د/ محمـد سـلام مدكـور الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٢٤، د/ محمد يوسف موسى ــ الأمـوال ونظريـة العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٨٠، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد ــ مرجع سابق ص٢٩٠، د/ محمد سراج ــ نظرية العقد فى للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص١٦٨، د/ جابر==

فالذي يبيع مال غيره، أو يؤجره أو يزوج غيره من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه، أو وكالة صادرة منه يكون فضوليا، ويسمى تصرفه فضالة وهى وإن كانت جارية فى كل العقود والتصرفات، فإننا سنقتصر على بيع الفضولي، بوصفه موضوع المسألة محل البحث، ولأن ما سواه من العقود والتصرفات يأخذ حكمه فى الجملة عند الفقهاء.

والمقصود بالفضولي فى عقد البيع : " هو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولايته"(١).

وبيع الفضولي ــ كسائر تصرفاته ــ محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى بطلانه ابتداء فلا ينعقد، ولا يقبل الإجازة، وهم الظاهرية والشافعية فى الجديد، والحنابلة فى إحدى الروايتين ، والإمامية والإباضية أيضا فى قول (٢).

ومنهم من يرى انه ــ بيع الفضولي ــ ينعقد موقوفا على إجازة المالك، ذهب إلى

==عبد الهادي سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص ١٧٦، أ / أبتسام بديع السيد القرش ــ الإذن وأثره فى المعاملات ــ رسالة قدمت إلى كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ــ جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة٢٠٠١ ص٤٢د/على مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق ــ جــ١ ص١٥٤.

(١) انظر : الخطيب ــ مغنى المحتاج ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص١٥، ابن الوكيل ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص٨٩، د/ أحمد إبراهيم بك ــ كتاب المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص١٢٦

والفضولي فى القانون هو " الشخص الذى يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك " . وهو مستنبط من نص المادة "١٨٨" من القانون المدني والخاصة بتعريف الفضالة : انظر د/ جلال العدوي ــ أصول الالتزامات ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٥١٧ د/نبيل إبراهيم سعد ــ النظرية العامة للالتزامات ــ مرجع سابق ــ جــ١ ص٥٢٣، د/ جابر عبد الهادي سالم ــ المرجع سابق ص ١٧٧.

(٢) انظر فى ذلك : النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق جــ ٩ ص ٢٨٧، الخطيب ــ مغني المحتاج مرجع سابق ــ جــ٢ ص ١٥، ابن الوكيل ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جــ٢ ص ٨٩، ابن حزم المحلي ــ مرجع سابق جــ ٨ ص ٤٣٤، ابن مفلح ــ المبدع فى شرح المقنع ــ مرجع سابق جــ٤ ص١٦، ابن رجب ــ القواعد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٤٥٢، العاملي الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق ــ جــ٣ ص٢٣٢، الكركي ــ جامع المقاصد فى شرح القواعد ــ مرجع سابق جــ٤ ص ٦٨ ، الحلي ــ المختصر النافع فى فقه الإمامية ــ مرجع سابق ص١١٨، أطفيش ــ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ مرجع سابق جــ ٨ ص٢٣١، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق ــ جــ٤ ص ٢٢٣ ، البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق ــ ص١٨٦.

ذلك الحنفية [1]، والمالكية [2] ، والشافعية في القديم [3]، والحنابلة في رواية[4] والإمامية في قول [5]. وهذا هو القول الراجح وهو أن بيع الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك [6].

---

(١) انظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٢١، حيث جاء فيه " فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية ، لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك " . ، قاضيخان ــ فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٧٢، وجاء فيه " إذا باع الرجل مال الغير عندنا يتوقف البيع على إجازة المالك " ، ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ٦ ص١٦٠، محمد قدري باشا ــ مرشد الحيران ــ مرجع سابق ــ ص ١٠٠ م "٣٩٤" : " من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا بطل ".

(٢) انظر : الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٤٠، حيث جاء فيه : " وكذا بيع الفضولي يقف القبول على رضا ربه .. "، القرافي ــ الفروق ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٢٤٠، الصاوي ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٧، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١٢ ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٢١٩، الدردير ــ الشرح الصغير ــ مرجع سابق جـ٣ ص٥، ابن جزي القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص١٦٣، الخرشي ــ شرح الخرشي ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٧٤.

ومحل ذلك ــ أي وقف العقد ــ إذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيع لازما من جهته ــ المالك أيضا.

(٣) الخطيب ــ مغني المحتاج ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص١٥ حيث جاء فيه : " ... فبيع الفضولي باطل وفي القديم موقوف إن أجاز مالكه نفذ ، وإلا فلا " ، وانظر : ابن الوكيل ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٨٩.

(٤) انظر ــ ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٣، فقد جاء فيه : " .. فإن باع ملك غيره بغير إذنه .. لم يصح ، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك " . ابن مفلح ــ المبدع مرجع سابق ــ جـ ٤ ص ١٦.

(٥) انظر : الحلي ــ المختصر النافع في فقه الإمامية ــ مرجع سابق ص ١١٨، فقد جاء فيه " ولو باع الفضولي فقولان ــ أشبههما وقوفه على الإجازة " ، وجاء في جامع المقاصد أيضا : " فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي .. والأصح أن الفضولي موقوف غير باطل " .

أنظر الكركي ــ جامع المقاصد ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص ٦٨.

(٦) الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص٢٢١، وما بعدها، ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ جـ٢ ص٢١٩، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٣، ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق جـ٨ ص ٤٣٤، الخطيب ــ مغني المحتاج ــ مرجع سابق جـ٢ص١٥، النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص٢٨٧، الخرشي ــ شرح الخرشي مرجع سابق ــ جـ ٣ ص٣٧٤، القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ مجلد ٤ ص١٤٢ د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٩٠، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٣٨٠، د/ محمد سلام مدكور ــ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص٢٢٦، د/ عبد الناصر العطار ــ ==

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فإن ما يعنينا فى هذا المقام بيان أثر سكوت المالك على هذا البيع.

وتجدر الإشارة أولا إلى أن مسألة البحث عن دلالة السكوت أو أثره على بيع الفضولي إنما تثار بناء على الرأى الراجح ــ الذى أشرنا إليه ــ من أقوال الفقهاء والذى يعد بيع الفضولي ، ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المالك.

وأما بناء على رأى القائلين ببطلانه ، فلا مجال للبحث عن ذلك، إذ إن بيع الفضولي عندهم باطل، لا تصححه الإجازة، ومن ثم فليس من المنطقي أن نبحث عن مدى عد السكوت إجازة أو لا، وفقا لهذا النظر.

جاء فى المجموع : " إذا باع إنسان سلعة ، وصاحبها حاضر ساكت لم يأذن ولم يتكلم ، لم يصح البيع عندنا، وبه قال ابن المنذر " [1].

نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١١١، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامي سنة ١٩٦٩ ــ دار النهضة العربية ص ٤٠ وما بعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٢٩٠، د/ على أحمد مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٠ ، أ/ ابتسام بديع السيد القرش ــ الإذن وأثره فى المعاملات ــ مرجع سابق ــ ص ٤٤ وما بعدها، د/ عبد القادر قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ص ٤٦٣.

ومعنى كون العقد موقوفا أنه صحيح توافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، وتخلف فيه شرط من شروط النفاذ، وهى كمال الأهلية والولاية على محل العقد، وعدم تعلق حق الغير به، وهو ما يؤدي إلى وقف آثاره المترتبة عليه إلى حين حصول الإجازة.

راجع د/ عبد الرازق حسن فرج ــ نظرية العقد الموقوف ــ مرجع سابق ــ ص ٤٠، د/ محمد أحمد سراج ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٨.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء فى بيع الفضولي إلى الاختلاف فى الملك أو الولاية هل هى شرط انعقاد، أو شرط نفاذ ، فمن عدها شرطا للانعقاد : جعل بيع الفضولي باطلا، ومن عدها شرط نفاذ : ذهب إلى انعقاد بيعه موقوفا على إجازة المالك . انظر : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٥ ص ٢٢١. وقد ذكر ابن رشد سببا آخر لذلك وهو : النهي إذا ورد على سبب هل يحمل على سببه أم يعمم ؟ وذلك لأن النهى إنما ورد فى حكم ابن حزم فى قضيته المشهورة ؛ لأن الرسول- صلى الله عليه وسلم - قال له : " لا تبع ما ليس عندك " والحديث أخرجه الترمذي فى سننه ــ كتاب البيوع ــ باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ــ جـ٣ ص ٥٢٥ حديث رقم ١٢٣٢.

انظر : ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٢١٩، وانظر أيضا: د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٨١-٣٨٢ أ/ابتسام بديع القرش ــ المرجع السابق ص ٤٦-٤٧.

(١) النووي ــ المجموع ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص ٨٧.

وجاء فى تخريج الفروع للزنجاني : " أن الفضولي إذا باع مال الغير لغا بيعه ولم ينفذ بالإجازة عندنا " [1].

وجاء فى المحلى : " ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال.. فإن وقع فسخ أبدا، سواء أكان صاحب المال حاضرا يرى ذلك أم غائبا ، ولا يكون سكوته رضا بالبيع طالت المدة أو قصرت .." [2].

وعلى ذلك، فإن بيع الفضولي ـ وفقا لهذا الرأى ـ لا ينفذ بالإجازة ومن ثم يكون البحث عن دلالة السكوت هنا ، بناء على عد بيع الفضولي موقوف على الإجازة، إن أجازه المالك نفذ، وإلا فلا " .

وإن الناظر فى كتب الفقه الإسلامي فيما يتعلق بهذه المسألة قد يجد نوعا من اللبس، أو التشتت حول حقيقة الإرادة المراد الكشف عنها من المالك إزاء بيع الفضولي، هل هى الوكالة؟ أو الإذن؟ أو الإجازة ؟ أو الرضا ؟ [3]. وسبب ذلك هو ورود هذه المصطلحات فى النصوص المتعلقة بهذه

---

(١) الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص ١٨٧ ذلك بناء على المذهب الشافعي فى الجديد.

(٢) ابن حزم ـ المحلي ـ مرجع سابق جـ٨ ص ٢٣٤.

(٣) الوكالة فى اللغة هى الحفظ، والكفالة والضمان والتفويض ، وفى الاصطلاح هى : " تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل فيما يقبل النيابة " .

انظر الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٦ ص٣٠، الصاوي ـ بلغة السالك مرجع سابق جـ٢ ص١٨١.

والإذن لغة : من أذن له بالشئ أى أباحه له.

واصطلاحا : " رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه " .. أو هو " فك الحجر فيما رتب عليه الشارع حكما شرعيا مما يعد من الأسباب الشرعية " .

الزيلعي ـ تبيين الحقائق ـ مرجع سابق جـ٥ ص٢٠٣، د/ رمضان على السيد الشرنباصي السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص ١٧٩، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص٢٤٨، أ/ابتسام بديع السيد القرش ـ مرجع سابق ص٥

وعرفه الجرجاني بأنه : فك الحجز وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعا شرعا ، الجرجاني التعريفات ـ ص ٣٠.

والإجازة : لغة : الإنفاذ والإمضاء.

واصطلاحا : هى " تصرف فى العقد بالإبقاء " أى إنفاذ العقود الموقوفة بمعنى ترتيب آثارها عليها حينما تنفذ " .

انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص١٣٠، أ / ابتسام بديع السيد القرش ـ المرجع السابق ص ٩.

المسألـــــــة [1].

والواقع انه ليس المطروح هنا هو التساؤل عن دلالة سكوت المالك على الرضـــا المكون لعقد البيع الذى أبرمه الفضولي ، ذلك لأن المالك ليس طرفا فيه، إذ إن طرفيـه هما الفضولي البائع والمشتري.

كما انه ــ من حيث الأصل ــ ليس المطروح هو التساؤل عن كون هذا السكوت يعد إذنا، ولا وكالة ، لأن كلاهما تفويض، ويفترض وقوعه قبل مباشرة التصرف، فلابد من الإذن للمأذون قبل مباشرة ما أذن فيه، وكذلك يلزم انعقاد الوكالة قبل مباشرة الوكيل لها. وكلاهما لا يتم بالسكوت بحسب الأصل، وما نحن بصدده فهو عقد بيع تم بالفعل.

وعلى ذلك ، فلا يبقى إلا أن يكون المطروح هنا وهو محل التساؤل عـــن مـدى دلالة سكوت المالك على إجازته لبيع الفضولي وبعبارة أخرى : مدى عد سكوت المالك إجازة.

ذلك ، لأننا ــ كما اتفقنا ــ أمام عقد أبرمه الفضولي ، وهذا العقد موقوف علـــى إجازة المال وذلك محل الإجازة، وهو التصرفـــات والعقـود الموقوفـة، كتصرفـات الفضولي، وتصرفات الصبي المترددة بين النفع والضرر فى البيع والشراء، وغير ذلـك من العقود الموقوفة.

كما أن الإجازة تكون رضاء بالفعل بعد حصوله[2].

ويمكن التوفيق بين هذه النصوص ــ التى أشرنا إلى أنها قد تحدث نوعـــا مـن اللبس ــ بأننا انتهينا إلى أن بيع الفضولي ينعقد موقوفا علـى إجـازة المـــالك. فـإذا وجدت هذه الإجازة صحيحة[3]، فإنها تؤثر فى العقد بالنفاذ، وترتب عليه آثاره بعـد أن

---

(١) قد رأينا فيما سبق أن بعض الفقهاء يذكر انه " لا يكون وكيلا بسكوته " والبعض يقول " إنـــه لا يكـون رضا" والبعض يقول " إنه لا يعد إجازة " راجع ما سبق.

(٢) وكون الإجازة رضا بالفعل بعد حصوله من أهم ما يميزها من الإذن فـــالإذن هـو الأمـر بـالفعل أو التفويض فيه قبل حصوله، بالإضافة إلى أن الإذن لا يختص بتصرف معين، أما الإجازة فلا تكون إلا فى نوع من التصرفات وهى القابلة للإجازة أى الموقوفة، وأخيرا، فإن الإجازة تستتبع آثارها فى الحال، ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من المجيز ، أما الإذن فيمكن الرجوع فيه قبل حدوث الشئ.

راجع فى ذلك د/ رمضان على الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع ســـابق ص١٨٠-١٨١ ، أ / ابتسام بديع السيد القرش ــ المرجع السابق ص ١٠.

(٣) تكون الإجازة صحيحة إذا توافرت بها شروطها، وهى : أن يكون للعقد مجيز له ولاية إنشاء العقد عنـد وجوده، أن تصدر الإجازة فى حياة طرفي العقد ــ الفضولي والمشتري ــ فلو توفي أحدهمـــا قبـل ==

كان موقوفا، وتعد كالإذن السابق من المالك بناء على أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، كما تؤثر هذه الإجازة في الفضولي فتجعله وكيلا، من قبل إنشاء العقد، وكأن المجيز قد وكله قبل مباشرته[1]، ولذلك يقرر الفقهاء أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. جاء في بدائع الصنائع : " فإن وجدت ـ الشروط ـ صحت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة " [2].

وعلى ضوء ما سبق : فلا يكون هناك لبس في الحقيقة وفي واقع الأمر، ويكون الرضا المقصود في النصوص هو الإجازة التي تعد إذنا ووكالة في الوقت ذاته.

وهكذا نصل إلى أن التساؤل هنا عن مدى عد السكوت من المالك إجازة لبيع الفضولي. وهذا ما سنبينه فيما يلي.

=صدورها من المالك لا تصح ، أن تصدر في حياة المالك ـ المجيز ـ فلو توفي قبل إجازته، لا يجوز إجازة ورثته ، وأخيرا ـ يشترط لصحة الإجازة : أن يكون المبيع قائما لم يفت أو يهلك.

راجع في شروط الإجارة تفصيلا : الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ جـ٥ ص٢٢٣-٢٢٥ الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ جـ٣ ص١٢، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ٢ص ٧ " هذا بالنسبة للشرط الرابع " .

وأنظر أيضا : د/ محمد مصطفى شلبي ـ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص٣٥٢، د/ على الخفيف ـ أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص٢٩٤، د/ محمد سلام مدكور ـ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٣٢٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق ص١٧٠، وما بعدها.

(١) انظر : د/ محمد مصطفى شلبي ـ نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٣٥٢، د/ على الخفيف ـ أحكام المعاملات ـ مرجع سابق ـ ص٢٩٤، د/ محمد سلام مدكور ـ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٣٢٥، د/ عبد الناصر العطار ـ نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق ص١١١، أ / ابتسام بديع السيد القرش ـ المرجع السابق ص ٧٥.

(٢) الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق جـ ٥ ص٢٢٦.

وفي نفس المعني أيضا جاء في حاشية الدسوقي " .. لأنه بإجازته بيعه صار وكيلا له " .

الدسوقي ـ المرجع السابق جـ٣ ص١٢ ، ومثله أيضا في : الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٧، الدردير ـ الشرح الصغير ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص ٥.

كما جاء في ـ مرشد الحيران في م " ٣٩٦ " " إذا أجاز المالك بيع الفضولي تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع " ـ ص ١٠١ .

هل يعد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى ثلاثة أقوال :

القــول الأول : ويرى أصحابه أن سكوت المالك لا يعد إجازة لبيع الفضولي.

وهو رأى الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة [3]، والإمامية[4]، والظاهرية[5].

القــول الثاني: سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي وهو رأى ابن أبى ليلي مـــن الحنفية [6].

---

(١) انظر السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جــ ٣ ص١٤٠، حيث جاء به " وإذا باع الرجـــل متاعـاً لرجل وهو حاضر ساكت لم يجز عليه ذلك عندنا " . الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق جــــ ٥ ص٢٠٣، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ١٥٤، الحموي ــ غمــز عيــون البصـــائر مرجع سابق جــ١ ص ٤٣٨، على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـــــ١ ص٥٩، سليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص ٤٧، محمد قدري باشا ــ مرشد الحـــيران مرجع سابق ــ ص ١٠١.

ويلاحظ أن بعض الحنفية قيد ذلك بألا يكون البيع فيما بين الأقارب " فمن بـــاع عقـاراً .. وابنـه ولمرأته وغيرهما من أقاربه حاضر يعلم به ثم أدعى الابن مثلاً انه ملكه لا تسمع دعواه، وجعل ســكوته كالإفصاح قطعاً للتزوير والحيل. بخلاف الأجنبي، فإن سكوته ولو جاراً لا يكون رضــــا إلا إذا سـكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري " .

أنظر فى ذلك : ابن قاضي سماوه ــ جامع الفصوليين ــ الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهريــة سـنة ١٣٠٥ هــ جــ١ ص ٣٠٢، السيد محمد علاء الدين أفندي ــ قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار ــ المطبعة الأميرية ببولاق ــ الطبعة الثانية سنة ١٣٢٦ هــ جــ١ ص ٣٤٧.

(٢) انظر النووي ــ روضة الطالبين ــ مرجع سابق ــ جــ٥ ص ١١٤ . وقد ورد به " إذا علم البـــائع أن المشتري يطأ الجارية وسكت عليه ... هل يكون مجيزاً ؟ الأصح لا كما لو سكت على بيعه وإجارتــــه". للنووى أيضاً : المجموع ــ مرجع سابق ــ جــ ٩ ص ٢٨٧.

ويلاحظ أن ذلك بناء على القديم من مذهب الشافعية ، وقد ذكرنا قبل أن الجديد عند الشافعية أن بيـع الفضولي باطل لا تصححه الإجازة .

(٣) انظر : ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جــ٤ ص ٢٢٤.

وجاء فيه " .. أن السكوت محتمل فلم يكن إذناً .. " البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سـابق ص ١٨٦، وجاء فيه " ... فإن باع ملك غيره بغير إذنه لم يصح ، ولو مع حضوره وسكوته " ، ابن مفلـح ــ المبدع فى شرح المقنع ــ مرجع سابق ــ جــ ٤ ص ١٧.

(٤) انظر العاملي ــ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جــ٣ ص٢٣١، حيث ذكر انه " .. ولا يكفي فى الإجازة السكوت عند العقد مع علمه به ، أو عند عرضها " .

(٥) ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق جــ٨ ص ٤٣٥.

(٦) انظر فى عرض هذا الرأى ــ السرخسي ــ المبسوط ــ المرجع السابق جــ٣٠ ص١٤٠، ابــن قدامــة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ المرجع السابق جــ٤ ص٢٢٤، ابن مفلـــح ــ المبـدع ــ مرجــع ســابق جــ٤ص١٧.

القــول الثالث: التفرقة بين كون المالك غائباً أو حاضراً للبيع، وهــو رأى المالكيــه ويفرقون فى بيع الفضولي ومدى عد سكوت المالك إجازة له وبيـــن كون المالك غائباً أو حاضراً.

فإذا كان حاضراً مجلس العقد وسكت لزمه البيع، أى إن هــذا الســكوت يكــون إجازة لتصرف الفضولي متى كان بحضور المالك. ولم يكن هناك مانع مـــن إنكـــاره ورده. وليس للمالك فى هذه الحالة إلا أن يطالب الفضولي بالثمن ما لــم يمــض عــام فـــإن مضى وهو ساكت سقط حقه فى أخذ الثمن.

أما إذا لم يكن حاضراً للبيع وبلغه ذلك فإن البيع لا يلزمه، أى لا يكــون ســكوته إجازة، وله نقض البيع إلى سنة ، فإن مضت فله الثمن فقط ما لم تمض مـــدة الحيـــازة وهى عشر سنين ، فإذا مضت فلا شئ له[1].

الأدلـــة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بعدم سكوت المالك إجـــازة بالكتـــاب والســـنة والمعقول[2].

فمن الكتاب العزيز قوله تعالى "ولا تكسب كل نفس إلا عليها" [3].

وقوله عــز وجــل : " **إن الظن لا يغني من الحق شيئاً** " [1]. وقوله تعالى " وأن

---

(١) انظر فى ذلك : الخرشي ــ شرح الخرشي ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٣٧٤، الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٢٤٠، القرافي ــ الفروق ــ مرجع سابق جـ٣ ص٢٤٠، ابــن حســين ــ القواعد السنية ــ تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية بهامش الفروق المشار إليــه ســابقاً جـ٣ ص٢٤٠، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ ٣ص ١٢، الصاوي ــ بلغة الســالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص٧، الدردير ــ الشرح الصغير ــ مرجع سابق جـ ٣ ص٥، الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٩٤-٩٥.

وأنظر أيضاً : د/ عبد الرازق حسن فرج ــ نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإســـلامي ــ مرجـــع سابق ص٢١٠، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجـــع ســـابق ص٢٩٥ ــ ٢٩٦ .

(٢) أدلة هذا المذهب من الكتاب والسنة ذكرها الإمام ابن حزم ــ فى الاستدلال على عدم عد السكوت رضـــا فى بيع الفضولي ، والإجازة من جملة الرضا ومن ثم يمكن الاستدلال بها على ما معنا ــ من عدم عـــد السكوت إجازة ــ ويمكن أيضاً أن يضاف إليها ما سبق أن ذكرناه من نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية ــ على عدم عد السكوت دليلاً على الإرادة مطلقاً . راجع ما سبق فى الاستدلال على قول الفقهاء " لا ينسب إلى ساكت قول " .

(٣) سورة الأنعام ، آية [١٦٤] .

ليس للإنسان إلا ما سعى " [٢].

وجه الدلالة : وفى هذه الآيات الكريمة دليل على حرمة التصرف فى مال الغير فإذا تصرف، فإن تصرفه يعود عليه هو فالعقود وسائر التصرفات لا يمكن أن تنسب لغير فاعلها، فهى تنسب لصاحبها وأحكامها له أو عليه ولذا لا يثبت الالتزام له أو عليه لعدم التأكد من رضاه. ولأن السكوت دلالته محتملة غير يقينية فإنه يكون مجرد ظن ولا تحل الأموال المحرمة بالظن[٣].

ولو قيل بأن الآية الأولى " ولا تكسب كل نفس إلا عليها " ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخروي ، فإنه يجاب عنه، بأن قوله تعالى " تكسب " فعل، وهو بمنزلة النكرة ، وهى فى سياق النفى تعم فتكون الآية الكريمة عامة[٤].

ومن السنة النبوية : قوله – صلى الله عليه وسلم – " **إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**"[٥].

وقوله– صلى الله عليه وسلم – " **الخديعة من النار، ومن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد** "[٦].

وجه الدلالة: يدل الحديث الأول على حرمة مال المسلم ، وعرضه، ودمه. فلا يجوز لأحد أن يبيع مال غيره بغير رضا من صاحبه، ولا تحل هذه الأشياء إلا بالوجه الذى بينه الشرع[٧].

---

(١) سورة النجم ، آية [٢٨] .

(٢) سورة النجم ، آية [٣٩] .

(٣) ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق جـ٨ ص٤٣٥، محمد أبو زهرة ــ الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامي ــ الجريمة ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٦ ص ٤٨٨، د/ على مرعي أحمد مرعي ــ بحوث فى البيع ــ مرجع سابق ص ١٥٦، أ / ابتسام بديع السيد القرش ــ مرجع سابق ــ ص ٧٦.

(٤) انظر : د/ على أحمد مرعي ــ بحوث فى البيع ــ المرجع السابق ص ١٥٦.

(٥) وهذا جزء من حديث طويل فى حجة الوداع رواه البخاري ومسلم فى صحيحيهما، انظر : ابن حجر : فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ٣ ص٧٠١، كتاب الحج ، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٣٠٦ كتاب القسامة ــ باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال.

(٦) انظر : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٤٣٤، كتاب البيوع بـاب النجش ــ كما أخرجه الإمام مسلم فى صحيحة أيضاً عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم – " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " . انظر ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٣٤٣، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطنة ورد محدثات الأمور.

(٧) سبق المراد من الحديث الشريف فى موضع سابق.

كما يدل الحديث الثاني على أن من فعل ذلك فهو رد أى مردود ، أو باطل لا يعتد به[1]، لأن السكوت ليس رضا إلا من اثنين : أحدهما : رسول الله – صلى الله عليه وسلم – المأمور بالبيان. الثاني : البكر فى نكاحها للنص الوارد فى ذلك [2]، وأما من عدا من ذكرنا فلا يكون سكوته رضا ولا إذناً.. وإلا يكون عمله هذا مردوداً [3].

وأما دليهم من المعقول : فقد ذكر الإمام السرخسي فى هذا الصدد : " وحجتنا فى ذلك أى على إن سكوت المالك ليس إجازة لبيع الفضولي ــ أن سكوته محتمل، قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التعجب ، أى لماذا يفعل هذا فى ملكه بغير أمره ، وإلى أى شئ تؤول عاقبة فعله والمحتمل لا يكون حجه، وملك المالك ثابت فى العين بيقين فلا يجوز إزالته بدليل محتمل[4] كما أن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه[5].

أدلة القول الثاني : استدل ابن ابى ليلى لقوله بأن ، سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي بالقياس، والمعقول.

فأما القياس :

أ – فإنه قاس سكوت المالك فى البيع على سكوت المولى عن النهي عند رؤيته تصرف العبد وهو ساكت فإنه ــ السكوت ــ يجعل إذناً له فى التجارة[6].

---

(١) الإمام مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٣٤٣.

(٢) ورد النص على أن سكوت البكر إذن فى النكاح بروايات متعددة، منها ما أخرجه البخاري أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال : أن تسكت " ، جـ٩ ص٢٣٣، كتاب النكاح ، وما أخرجه مسلم أيضاً : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : "الأيم أحق بنفسها عن وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صمتها " جـ٢ ص١٠٣٧ كتاب النكاح.

(٣) ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق ــ جـ ٨ص٤٣٥.

(٤) انظر الإمام السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق ــ جـ٣٠ ص١٤٠، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٤.

(٥) العاملي : الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٢٢٩.

(٦) مسألة السكوت من المولى عند رؤيته عبده يبيع أو يشتري أمامه بمثابة الإجازة ، أو الإذن له بالتجارة محل خلاف بين الفقهاء فقد عده الحنفية إذناً ، فى حين لم يجعله الشافعية كذلك، راجع فى ذلك : الزنجاني ــ تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

وقد عد الحنفية السكوت فى هذه الحالة إذناً دفعاً للضرر فيم يعدونه من السكوت ذى الدلالة، انظر: الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ١ ص ٤٤١، الطرابلسي ــ معين الحكام ــ ==

ونوقش قياس بيع الفضولي على بيع العبد وعد السكوت ـ من المالك ـ في الأول إذناً، كسكوت المولي ـ السيد ـ في الثاني بأنه في سكوت المولي لو لم يجعل سكوته رضا لتضرر به من عامل العبد، ولو جعلنا السكوت إذناً لم يتضرر به المَولي في الحال فيرجح جانب دفع الضرر.

وهنا ـ في بيع الفضولي ـ لو جعل السكوت رضا تضرر به المالك ولزمه حكم تصرف الفضولي لأن ملكه يزول ولو لم يجعل رضا تضرر به المشتري، فيرجح جانب المالك، لأن حقه في العين اسبق، والمشتري هو المقصر، حيث لم يسأل البائع أن المالك وكله أم لا واعتمد سكوتاً محتملاً(١).

ب - القياس على سكوت البكر في النكاح، فسكوت المالك إذن وإجازة للبيع كما أن سكوت البكر دليل رضاها بالزواج(٢).

ونوقش ذلك بأن سكوت البكر منصوص على عده إذناً بالنص، وهنا لبس في معني ذلك، فإن الحياء يحول بينها وبين التصريح بالإجازة هناك. وليس هنا ـ في البيع ـ ما يحول بينه ـ المالك ـ وبين النطق(٣).

وأما المعقول فمن وجهين :

الأول: انه لو تم تعيين جهة الرضا بسكوته، تضرر به المشتري وصار المالك بسكوته **كالغار له** ، والغرر حرام والضرر مدفوع.

ونوقش هذا القول بأن المشتري هو الذى غرر بنفسه حين قصر في عدم سؤاله عن ملكية البائع لما يبيع أو ولايته على ذلك، وإنما اعتمد على مجرد سكوت محتمل.

الثاني : أن العادة أن صاحب المال لا يسكت إذا رأى غيره يبيع ما أمر بتسليمه ولم يكن من قصده الرضا، فباعتبار العادة يجعل سكوته دليل الرضا، وكذلك لا يحل السكوت شرعاً إذا لم يكن من قصده الرضا، وفعل المسلم محمول على ما يحل

==شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ ص ١٦٠، ابن قدامة ـ المغني ـ مرجع سابق ـ جـ ٤ ص ٢٢٤.

(١) السرخسي ـ المبسوط ـ المرجع السابق جـ٣٠. ص ١٤٠.

(٢) انظر ـ السرخسي ـ المبسوط ـ مرجع سابق جـ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٢٤ ، ابن مفلح ـ المبدع ـ مرجع سابق ـ جـ ٤ ص ١٧.

(٣) السرخسي ـ المبسوط ـ مرجع سابق جـ ٣٠ ص ١٤٠، ابن قدامة المقدسي ـ المغني ـ مرجع سابق جـ٤ ص٢٢٤، ابن مفلح ـ المبدع ـ مرجع سابق جـ٤ ص ١٧.

شرعا. فجعل سكوته دليل الرضا لهذا[١].

ويناقش هذا القول ــ بما سبق أن ذكرنا ــ بأن السكوت يحتمل أكثر من معنى إذ قد يكون للتدبر والتروي أو المشورة ، أو للاعتقاد بأن السكوت لا يترتب عليه إلزامه بشئ ، أى إن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه[٢]، ونجاحه إذا كان سكوتا مجردا عما يرجح أحد معانيه.

أدلة القول الثالث : استدل المالكية على أن سكوت المالك الحاضر إجازة لبيع الفضولي بالمعقول، بأن السكوت من المالك هنا يعد مكرا وخديعة للمشتري، ومن ثم إلحاق الضرر به، والضرر يجب دفعه وإزالته ، وذلك بجعل السكوت رضا من المالك بالبيع[٣]، وهذا هو ما استدل به ابن أبى ليلى، ومن ثم يرد عليه ما ورد من مناقشته[٤].

وأما عن استدلالهم على عدم لزوم البيع فى حق المالك إذا لم يكن حاضرا، فقد ورد عن الشيخ عليش ــ رحمه الله ــ ما يدل على انه استدل لذلك بنحو ما استدل به أصحاب الرأى الأول من المعقول[٥]، من جهة أن السكوت متردد ومحتمل فلا يكون حجة فقد ورد عنه : ".. إذا بيع عليه ماله، ولم يحضر البيع فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ ثمنه، ولا يضره سكوته، لأنه يقول أردت أن استخير الله فيه، وأشاور نفسي" [٦].

وأما عن تقييد المالكية لحق المالك فى نقض البيع أو إجازته بعام فيناقش بأن هذا التقييد لا دليل عليه ، كما أن طول المدة لا يعيد الباطل حقا أبدا ولا الحق باطلا، إذ يلزم من ذلك أن من قيل له يا كافر فسكت يلزمه حكم الكفر، ومن قيل له إنك طلقت امرأتك فسكت يلزمه الطلاق، ولم يقل بذلك أحد[٧].

---

(١) السرخسي ــ المبسوط ــ المرجع السابق ــ جـ٣٠ ص ١٤٠.

(٢) انظر : العاملي ــ الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ــ مرجع سابق جـ٣ ص٢٣٤.

(٣) انظر : الحطاب ــ مواهب الجليل ــ مرجع سابق جـ ٤ ص٢٤٠، الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك ــ مرجع سابق ــ جـ٢ص ٩٥، ابن حسين ــ القواعد السنية ــ مرجع سابق جـ ٣ ص ٢٤٠.

(٤) راجع أدلة القول الثاني وما ورد عليها من مناقشة.

(٥) راجع أدلة الرأى الأول.

(٦) الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص ٩٥.

ويلاحظ أن المالكية لم يرد فى كتبهم أدلة على مذهبهم من الكتاب الكريم أو السنة النبوية ويبدو أنهم اعتمدوا فى ذلك ــ بالنسبة لعدم لزوم البيع فى حق المالك الحاضر ــ على نصوص القرآن والسنة التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل والتى استدل بها أصحاب القول الأول.

(٧) ابن حزم ــ المحلي ــ المرجع السابق ــ جـ ٨ص٤٣٥، أ / ابتسام بديع السيد القرش ــ الإذن وأثره فى المعاملات ــ مرجع سابق ــ ص ٨٠.

ويمكن أن يحمل ذلك على أن المقصود هو ضمان استقرار المعاملات وحسمها وعدم بقائها رهن إرادة المالك إن شاء أجازها أو أبطلها.

ويلاحظ على المذهب المالكي فى هذا الصدد أنه يتفق مع الرأى الأول فى القول بعدم عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي إذا تم البيع فى غيبة المالك، إلا أنهم قيدوا حقه فى نقض البيع بأن يتم ذلك فى خلال عام من تاريخ علمه بالبيع، فإن مضت تلك المدة فلا يكون له إلا المطالبة بالثمن.

كما يتفق مع ابن أبى ليلى فى القول بعد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي إذا تم بحضرة المالك.

وعلى ذلك يمكن رد مذهب المالكية إلى كل من الرأيين السابقين، ففى حالة الحضور ينضم رأيهم إلى رأى من أجاز البيع وهو ابن أبى ليلى، وفى حالة الغيبة ينضم رأيهم إلى رأى من لم يعد السكوت إجازة، ومن ثم يمكن رد الخلاف إلى رأيين فقط، عدا تقييدهم ذلك بمدة معينة، ولعلهم يقصدون بتحديد تلك المدة حسم الأمر احتراماً للحقوق المكتسبة بألا تظل الملكية عرضة للتهديد باستعمال المالك حقه فى نقض العقد. وبذلك يمكن رد هذا الخلاف إلى قولين فقط.

القول الراجح :

بعد أن عرضنا أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها حول مدى عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي، يتبين أن أرجحها القول الأول، الذى يرى أصحابه أن سكوت المالك عند بيع الفضولي ليس إجازة لهذا البيع، سواء أطالت المدة أم قصرت، وذلك لقوة الأدلة التى استند إليها، وسلامتها من المناقشة والمعارضة، لاتفاقها مع نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة. ولأنه يتفق مع ما قرره الفقهاء من أن السكوت المجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بناء على قولهم : " لا ينسب إلى ساكت قول " الذى سبق أن علمنا أنه يستند إلى نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية. ولأن القول بذلك فيه مراعاة لمصلحة المالك والمشتري معا، كما أن فى الأخذ به محافظة على الأموال، وضمان انتقالها وتداولها على وفق ما أراده الشارع الحكيم، وإذ ثبت عدم عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولي فلا يكون إجازة لسائر تصرفاته لما سبق أن ذكرنا أنها تأخذ حكم البيع فى الجملة عند الفقهاء.

ملاحظـــة : انتهينا إلى أن سكوت المالك ليس إجازة لبيع الفضولي، وذلك على أساس أن هذا السكوت من قبيل السكوت المجرد الذى لا دلالة له طبقـــاً لمـــا رجحـــه الفقهاء[1].

وهذا يعني أن من عده إجازة كان على عده ليس سكوتاً مجرداً، وإنما أحاط به من الظروف ما يجعله صالحاً لاستنتاج الرضا منه من خلال حضور المالك وسكوته حتـــى انقضاء مجلس العقد وقبض الثمن، فهؤلاء الفقهاء عدو سكوت المالك على هذا النحـــو رضاً منه بما حدث أمامه، إذ لو كان رافضاً لتعين عليه إعلان رفضه، قبل أن يصـــل الأمر إلى حد القبض وهذا ما يقول به الفقهاء الذين يقولون بعدم عد الســـكوت إجـــازة أيضاً، حيث يعدون سكوت المالك حتى يتم التسليم ــ الثمن والمبيع ــ هو سكوت فـــى معرض الحاجة إلى البيان، وليس سكوتاً مجرداً ، ومن ثم يعد رضا. جاء فى تكملـة رد المحتار على الدر المختار : " لا يعد سكوت الجار رضا بالبيع إلا إذا سكت عند التسليم والتصرف " [2]. كما جاء أيضاً : " أنه إذا اشترى سلعة من فضولي، وقبض المشـــتري بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون سكوته رضا " [3]. فهذا يعني أن السكوت فى هـذه الحالة يعد إجازة بطريق الدلالة الحالية لا بالسكوت وأنه ليس من قبيل السكوت المجـرد الذى أجمع الفقهاء على عدم الاعتداد به للتعبير عن الإرادة، وإنما من قبيـــل الســـكوت المعبر عن الإرادة الذى سنبينه فى موضع لاحق.

والحكمة من جعل السكوت هنا إجازة هى ذاتها التى كانت وراء عدم عده إجـــازة فى حالة السكوت المجرد وهى دفع الضرر.

---

(١) انظر : السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ ٣٠ص١٤٠، ابن قدامة المقدسي ــ الشـــرح الكبـــير مرجع سابق ــ جـ٤ ص٢٢٤ ، ابن مفلح ــ المبدع ــ مرجع سابق جـ ٤ص ١٧، البهوتي ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ ٢ص ١٨٦، العاملي ــ للروضة البهية ــ مرجـــع ســـابق جـــ٣ ص٢٢٩ النووي ــ روضة الطالبين ــ مرجع سابق جـ ٣ص ١١٤، محمد قـــدري باشـــا ــ مرشـــد الحـــيران مرجع سابق ص ١٠١، على حيدر ــ درر الحكام ــ مرجع سابق جـ ١ ص٥٩، ســـليم رســـتم بـــاز شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٤٧، الشيخ / أحمد الزرقا ــ شرح القواعد الفقهيـــة ــ مرجـــع ســـابق ص٢٧٣، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ نظرية العقد الموقوف فى الفقـــه الإســـلامي ــ مرجـــع ســـابق ص٢١١، أ / ابتسام بديع السيد القرش ــ الإذن وأثره فى المعاملات ــ مرجع سابق ص ٨٠.

(٢) انظر:محمد علاء الدين أفندي – قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٤٧.

(٣) ابن قاضي سماوه ــ جامع الفصولين ــ جـ١ ص٢٣١ مشار إليه عند د/ عبد القادر محمـــد قحطـــان السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص ٤٦٦.

كما يلاحظ أيضاً : أن سكوت المالك لو صاحبه فعل نحو قبضه للثمـــن فإنـــه لا يكون سكوتاً مجرداً وإنما يعد إجازة بطريـــق الدلالة الفعلية، جاء فى الفتاوى الخانيـــة : " رجلٌ باع عبد غيره بغير إذنه فقال المولى قد أحسنت أو أصبت لم يكن كلامه إجـــازة للبيع.. وإن قبض الثمن يكون إجازة " [1].

كما جاء فى معين الحكام للطرابلسي : " قال فى الذخيرة .. الحاضر عند البيع لو بعثه البائع إلى المشتري، وتقاضاه الثمن لا تسمع دعواه الملك لنفسه لأنه يصير مجـيزاً للبيع بتقاضيه الثمن " [2].

كما يلاحظ أخيراً، أنه يترتب على عدم عد سكوت المالك إجازة لبيع الفضولـــــي حكم شرعي تكليفي، هو تحريم انتقال الأموال ـــ الثمن والمثمن ـــ بنـــاء علـــى هـــذا السكوت، وهذا يؤيد ما ذكرناه من أن السكوت المجرد ليس عدماً.

---

(١) قاضيخان ـــ الفتاوى الخانية ـــ مرجع سابق ـــ جـــ٢ ص١٧٢.

(٢) الطرابلسي ـــ معين الحكام ـــ مرجع سابق ـــ ص ١٦١.

٢ - المسألة الثانية

سكوت الثيب عند استئذانها فى النكاح

وهذه المسألة ذكرها الإمام السيوطي ــ فى كتابه الأشباه والنظائر ــ مثالا تطبيقيا على قوله : " لا ينسب إلى ساكت قول " . حيث قال : " لو سكتت الثيب عند الاستئذان فى النكاح لم يقم مقام الإذن قطعا " [١].

كما ذكرها الإمام الزركشي [٢]، والإسنوى [٣]، والبكري [٤]، وبعض الفقهاء المعاصرين [٥].

والمعني العام لهذه المسألة، أن سكوت الثيب لا يكون إذنا منها بنكاحها. فإذا استئذنها وليها فى نكاحها فلا يكفي سكوتها بل لابد من أن تعبر عن رضاها صراحة بالقول أو الفعل .

أما القول فهو النطق بما يدل على الرضا نحو أن تقول : رضيت أو أجزت أو قبلت، وأما الفعل فنحو التمكين من نفسها، أو التهيئ لذلك ، أو المطالبة بالمهر والنفقة، ونحو ذلك مما يعد من العرف من أمارات الرضا [٦].

وقد استدل الفقهاء على عدم صلاحية سكوت الثيب للتعبير عن رضاها [٧] بالزواج

---

(١) السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٨.

(٢) الزركشي ــ المنثور فى القواعد ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص ٢٠٨. حيث ذكر انه : " وكذا لو استؤذنت الثيب فى النكاح فسكتت لا أثر له " .

(٣) الإسنوي ــ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ٤٤٣ ، حيث ذكر انه : " إذا استؤذنت البكر فسكتت ، فإنه يكفي على الصحيح وقيل لا ، كالثيب " .

(٤) البكري ــ الاعتناء فى الفرق والاستثناء ــ مرجع سابق جـ١ ص ٨١٥.

(٥) انظر : د/ على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٣٠، د/ محمود عبد الله العكازي ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص ٨٩.

(٦) انظر فى ذلك : الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٢٢٤، الدردير ــ الشرح الصغير ــ مرجع سابق جـ٢ ص٨٢، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٦٢، ابن المرتضى الزيدي ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جـ٤ ص ٢٨، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ص ٢٣٩، د/ أحمد فراج حسين ــ أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية ــ مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٥م ص٢٤١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص ١٩٤، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص ١٤٩.

(٧) تجدر الإشارة هنا إلى انه ليس المقصود هو الرضا المكون للعقد وإنما المراد رضاها بمعنى إذنها لوليها بمباشرة عقد الزواج فالسكوت لا يصلح دليلا على الرضا المكون لعقد الزواج لا إيجابا ولا قبولا، بل ==

من السنة النبوية ، والمعقول .

فمن السنة : ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " **لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** " [1].

وما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : **الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها، وإذنها صمتها"** ، وفى رواية : والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صمتها، قال وربما قال : وصمتها إقرارها " [2].

وما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " **ليس للولى مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها** " [3].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة:

يستفاد من هذه الأحاديث الشريفة أن الأيم " الثيب " [4] لا تزوج ولا يعقد عليها حتى تستأمر، أى أن تأمر بذلك بعد استشارتها. وقد جاء التعبير عن الثيب بالاستئمار، والبكر بالاستئذان ، فيؤخذ منه فرق بينهما من جهة أن الاستئمار يدل على تأكيد

==أن الفقهاء متفقون على أن المعاطاة لا تصلح للتعبير عن الرضا بالزواج، وقد سبق أن بينا ذلك راجع ما سبق فى المعاطاة.

(١) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ٩ ص٢٣٣ ، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٢ ص ١٠٣٦ كتاب النكاح .

(٢) انظر : ابن هبيرة ــ الإفصاح عن معاني الصحاح ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص ٢٢٣، مسند عبد الله بن عباس ، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجع سابق جـ٢ ص ١٠٣٧ ــ الترمذي ــ الجامع الصحيح " سنن الترمذي " ــ مرجع سابق جـ ٣ ص ٤٠٧ ، كتاب النكاح ، الإمام مالك ــ الموطأ ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٥٤٤، الزرقاني ــ شرح الزرقاني على الموطأ ــ مرجع سابق جـ٣ ص١٢٦، أبو داود سنن أبى داود ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٢٣٩ كتاب النكاح.

(٣) الإمام أحمد بن حنبل ــ المسند ــ مرجع سابق جـ٥ ص ٣٦، الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق جـ٣ ص٩٩١، أبو داود ــ المرجع السابق جـ٢ ص ٢٣٩.

(٤) الأيم لغة : من لا زوج له رجلا كان أو امرأة بكرا أو ثيبا وفى اصطلاح الفقهاء هى : الثيب التى فارقها زوجها بموت أو طلاق ، وذلك لمقابلتها بالبكر، وأيضا : لأن هذه الأحاديث وردت بروايات أخرى ورد التعبير فيها بلفظ الثيب بمعنى الأيم فمن ذلك ما روي أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم - قال : " لا تنكح الثيب حتى تستأمر .. " الترمذي ــ الجامع الصحيح ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٤٠٦، وما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " الثيب أحق بنفسها " ، صحيح مسلم جـ ٢ ص ١٠٣٧، فهذا يعني أن الأيم بمعنى الثيب ــ راجع فى ذلك : ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ٩ ص ==

المشاورة، وجعل الأمر إلى المستأمرة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها في العقد، فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقا، والبكر بخلاف ذلك، لأن الإذن ــ بالنسبة للبكر ــ دائر بين القول والسكوت، بخلاف الأمر ــ بالنسبة للثيب ــ فإنه صريح في القول، يتأكد ذلك أيضا من خلال الحديثين الثاني والثالث، حيث ورد بهما أن الثيب أحق بنفسها من وليها، وأنه ليس للولي معها أمر، ففي ذلك دليل على أن الثيب لابد من أن تعبر عن رضاها بالزواج بالقول، أو الفعل(1). يدل على ذلك أيضا ما ذكره الإمام الكاساني أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " الثيب يعرب عنها لسانها "(2)، فهذا نص في عدم دلالة سكوت الثيب على رضاها بالزواج.

وأما الدليل على ذلك من المعقول فمن وجهين :

الأول : إن الثيب لا يكتفي بسكوتها دليلا على رضاها بالزواج، بل لابد من التلفظ بذلك لإمكانه منها، حيث لا يلحقها من الخجل ما يلحق البكر أي أن الحياء لا يمنعها عادة من الكلام وإظهار رغبتها أو رفضها صراحة، ذلك لسبق اختلاطها بالرجال ومعرفتها بالأمور بخلاف البكر التي يكتفي بسكوتها في ذلك لأنها قد تستحي أن تفصح(3).

الثاني : الأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقول ــ في البكر والثيب سواء ــ والسكوت لا يعد إذنا ولا رضا، لكونه محتملا في نفسه، وإنما أقيم مقام الرضا في البكر، أي اعتبر إذنا ورضا منها بالزواج بالنص، مراعاة لضرورة الحياء، وليس ذلك

=٢٣٣،الزرقاني ــ شرح الزرقاني على موطأ مالك ــ مرجع سابق جـ٣ ص ١٢٦، الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق جـ٣ ص٩٩٠، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٣٦٥.

(١) انظر ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ٩ ص ٢٣٣ ، الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق جـ٣ ص ٩٩٠، الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ ٦ ص ١٢٢.

(٢) هذا الحديث أورده الإمام الكاساني في كتابه بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٦٢، ولم أتمكن من العنوان عليه فيما أتيح لي من كتب الأحاديث، أطفيش ، شرح كتاب النيل ــ مرجع سابق جـ ٦ص ١٢٢، البابرتي ــ شرح العناية في شرح فتح القدير ــ مرجع سابق جـ ٢ص ٤٠٢.

(٣) انظر في ذلك الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص ٣٦٤، السرخسي ــ المبسوط مرجع سابق جـ ٥ ص ١٠، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جـ ٩ص ٢٣٣، ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤١٥، د/ صبحي محمصاني ــ النظرية العامة للموجبات والعقود ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٦٢، د/ عبد المجيد الحكيم الوسيط في نظرية العقد ــ مرجع سابق جـ١ ص ١٥٣، د/ ثروت فتحي إسماعيل ــ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ١٠٢، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت في التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ص ٢٣٨.

موجودا بالنسبة للثيب فيبقي الأمر بالنسبة لها على الأصل فى ذلك، ومن ثم لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار ، ولا يعد هذا السكوت منها علامة على رضاها بالزواج[1].

وهكذا فإن الثيب لا يعتد بسكوتها عند استئذانها فى النكاح، بل لابد من نطقها وموافقتها صراحة بالقول، أو الفعل[2].

فإذا زوجها أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح، بل لابد من إعلان رضاها صراحة فإن رضيت جاز العقد وإن ردت بطل[3]، وذلك استندا إلى ما ذكرنا من الأدلة على ذلك.

ومحل الكلام هنا عن الرضا بالزوج والصداق، لأن تمام الرضا لا يثبت إلا بذكر الزوج والمهر، فلو سمى الولى الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت، فسكوتها لا يكون رضا[4].

كما لا يعتد بسكوت الثيب أيضا فى قبض صداقها، فمن المعلوم أن الزوجة كاملة الأهلية لها أن تقبضه بنفسها، ولها أن توكل غيرها فى قبضه بكرا كانت أو ثيبا، والثيب لا يكفي سكوتها فى ذلك بل لابد أن يكون التوكيل الصريح لفظها كأن تقول وكلت أبى فى قبض مهري مثلا. وعلى ذلك ، لا يجوز لوليها قبض مهرها إلا إذا أذنت له صراحة بالقبض لأن السكوت منها لا يعد رضا بالعقد، فأولى ألا يعتبر رضا بقبض

---

(١) انظر فى هذا المعني السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ ٥ ص ١٠، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ ٧ص ٤٥١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص١٩٥، د/ أحمد فراج حسين ــ أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٢٤١.

(٢) استدل الإمام الكاساني على " إمكان الثيب أن تعرب عن نفسها بالفعل بما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لبريرة : " إن وطئك زوجك فلا خيار لك " انظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ص ٣٦٢، وهذا الحديث أورده الشوكاني لفظ " عن عائشة أن بريرة اعتقت وهى عند مغيث عبد لآل أبى أحمد فخيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال : أن قربك فلا خيار لك انظر الشوكاني ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق جـ ٦ ص١٥٢، الصنعاني ــ سبل السلام ــ مرجع سابق جـ٣ ص ١٠٠٩.

(٣) انظر السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ٥ ص١٠، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٣٦٢، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ ٧ ص٤٥٠، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١٩٤، د/ عبد القادر قحطان السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ١٨٦، يقدم الترمذي ــ الجامع الصحيح ــ مرجع سابق جـ ٣ ص ٤٠٦، أن النكاح مفسوخ عند عامة أهل العلم.

(٤) انظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٦٤، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ١٤٩.

المهر، فلا تبرأ ذمة الزوج إلا بتسليم المهر أو تسليم من توكله توكيلا صحيحا[1].

هل كل ثيب ينطبق عليها ذلك ؟ كبيرة كانت أو صغيرة ؟

انتهينا فيما سبق إلى أن سكوت الثيب لا يعتد به عند استئذانها فى النكاح ولا يعد دليلا على رضاها بالزوج والمهر، كما لا يعد إذنا منها أو توكيلا بقبض المهر.

وهذا صادق بالنسبة للثيب البالغ الرشيدة، ولا خلاف بين الفقهاء فى ذلك[2].

ولكن الخلاف بينهم بالنسبة للثيب الصغيرة حيث يذهب بعضهم إلى عدم التفرقة بين الثيب الكبيرة والصغيرة.

ويرون أن الثيب مطلقا – كبيرة أو صغيرة – لا تجبر على التزويج، بل لابد من إذنها الصريح بذلك، وهو مذهب الشافعية ، وفى رواية عند الحنابلة وذلك استنادا إلى عموم الأدلة الواردة فى ذلك، التى سبق أن ذكرناها – بناء على أن الثيب الصغيرة ينطبق عليها وصف الثيب فتأخذ حكمها فى ذلك.

فى حين يرى بعض الفقهاء أن الثيب الصغيرة تختلف فى ذلك عن الثيب الكبيرة حيث يجوز تزويجها بلا استئمار، وهؤلاء هم الحنفية والمالكية والحنابلة فى وجه

---

(١) انظر الكاساني – بدائع الصنائع – مرجع سابق جـ٢ ص ٣٦٤، د/عبد الرازق حسن فرج – دور السكوت فى التصرفات القانونية – مرجع سابق ص ٢٣٩، د/ محمد أحمد سراج – الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية – أحكام الزواج فى الفقه والقضاء – دار الثقافة للنشر والتوزيع – بدون تاريخ ص١٢٦، د/ أحمد محمود الشافعي ، د/ رمضان الشرنباصي – أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية ص١٨٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصي – أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية ص١٧٥.

(٢) اتفق العلماء على أن الثيب البالغ لا تنكح إلا بإذنها ، ولا يحق للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا برضاها إلا ما نقل عن البعض انه قال : للأب تزويجها وإن كرهت، ولقد رد هذا القول جاء فى المغني : " قال إسماعيل بن اسحاق : لا أعلم أحدا قال فى البنت بقول حسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة، فإن الخنساء ابنة خدام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحه – رواه البخاري والأئمة كلهم.

أنظر : ابن قدامة – المغني – مرجع سابق جـ ٧ ص٤٥٠، أبو داود ، سنن أبى داود – مرجع سابق جـ٢ ص٢٣٩، كتاب النكاح باب فى الثيب، الترمذي – الجامع الصحيح – جـ٣ ص٤٠٨، انظر كذلك الكاساني – بدائع الصنائع – مرجع سابق جـ٢ ص ٣٦١، الدسوقي – حاشية الدسوقي – مرجع سابق جـ ٢ ص٢٢٤، ابن المرتضي الزيدي – البحر الزخار – مرجع سابق جـ٤ ص٢٨، أطفيش – شرح كتاب النيل وشفاء العليل – مرجع سابق جـ٦ ص١٢٢، ابن رشد – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – مرجع سابق – جـ ٢ ص ٧، عبد الرحمن الجزيري – الفقه على المذاهب الأربعة – مرجع سابق جـ٤ ص٣٠ وما بعدها، د/ مصطفى سعيد الخن – أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء – مرجع سابق ص ٥٧٩.

وحجتهم فى ذلك القياس، وذلك أنهم قاسوا الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة فتجبر على الزواج مثلها.

ذلك أن أبا حنيفة يرى العلة فى البكر الصغيرة هى الصغر لا البكارة وهى موجودة فى الثيب الصغيرة. ويرى الإمام مالك أن العلة هى الصغر أو البكارة فأيهما وجد حصل به جواز الإجبار وهذا يعني أنهم خصصوا عموم الأدلة الواردة بشأن الثيب بالقياس . وواضح أن سبب اختلاف الفقهاء بالنسبة للثيب الصغيرة ومدى جواز إجبارها على الزواج، مرجعه اختلافهم فى موجب الإجبار، وبعبارة أخرى، هل ولاية الإجبار فى حق البنات معللة بالبكارة أو الصغر؟

فمن قال إنها معللة بالصغر قال تجبر الثيب الصغير لوجود علة الإجبار فى حقها وهو الصغر وهم الحنفية يقول الإمام الكاساني : " والأصل أن هذه الولاية تدور على أصل أصحابها تدور مع الصغر وجودا وعدما فى الصغير والصغيرة. وعنده ــ الشافعي ــ فى الصغير كذلك أما فى الصغيرة فإنها تدور مع البكارة وجودا وعدما[١].

ومن قال أنها معللة بالبكارة قال : لا تجبر الثيب الصغيرة، وهم الشافعية ورواية عن الحنابلة ، حيث يربطون الإجبار وعدمه بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر.

ومن قال كل واحد منهما ــ البكارة والصغر ــ يوجب الإجبار إذا انفرد قال : تجبر الثيب الصغيرة ، وهو تعليل الإمام مالك. وذكر ابن رشد : أن الأصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة[٢].

---

(١) ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جــ ٣ص ١١٩ ، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جــ٢ ص ٣٦١.

(٢) راجع فى تفصيل هذا الخلاف على سبيل المثال : ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جــ٢ ص ٨ ، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جــ ٧ ص٤٥١، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جــ ٢ ص٣٦١، ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص ١٣٣، الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جــ٩ ص٦٧، ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق جــ٩ ص٢٣٢، الزنجاني ــ تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص ٢٥٧-٢٥٨، ابن اللحام ــ القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها فى الأحكام الفرعية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥، ص٢٥، ابن المرتضى الزيدي ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق ــ جــ ٤ص٢٨، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١٨٨ ==

ويؤخذ من ذلك : أنه لا خلاف بين الفقهاء بشأن الثيب البالغ، وضرورة استئمارها، وإعلان إرادتها صراحة باللفظ أو الفعل.

أما خلاف الفقهاء فيجري بشأن الثيب الصغيرة على نحو ما ذكرنا ـ وإن كان الراجح ـ فيما يبدو لى ـ هو رأى الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ لأن الثيب ولو كانت صغيرة ، فإنها بعد مرورها بزيجة انتهت سواء بموت الزوج، أو بالطلاق تستطيع أن تعبر عن رأيها صراحة من غير أن يمنعها الحياء من ذلك، فليس من المتصور اليوم فى ظل الحرية المفترى عليها ـ حيث الاختلاط والتحرر الزائد من معظم الفتيات أن توافق فتاة على زيجة رغما عنها، كما أنها أيضا لا تجد ما يمنعها من إصرارها على زيجة أخرى تراها مناسبة لها. فهذا شأن أغلب الفتيات الآن سواء أكن ثيبات أم أبكارا [١].

كما يدعم ترجيح هذا الرأى أيضا عموم النصوص الواردة بهذا الشأن حيث لم تفرق بين ثيب كبيرة أو صغيرة.

كما أن قياس الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة، وتخصيص عموم الأدلة بذلك هو قياس مع الفارق ؛ لأن هذه ثيب ، وتلك بكر .

من هى الثيب ؟

بعد أن فرغنا من دراسة مسألة سكوت الثيب فى الزواج، وعلمنا من خلال تلك الدراسة أن سكوتها لا يعد إذنا منها بالزواج، ولا دليلا على الرضا به، فإن المقام يقتضي ـ إتماما للفائدة ـ أن نعرف من هى الثيب، وما هى الثيوبة التى ترفع الإجبار، وتوجب النطق بالرضا أو الرد[٢]، نظرا لتعلق الأحكام الشرعية بذلك.

والثيب فى اللغة : من ثاب يثوب إذا رجع، ومنه قيل للمكان الذى يرجع إليه الناس مثابة.

=وما بعدها، د/ عبد القادر محمد قحطان ـ السكوت المعبر عن الإرادة ـ مرجع سابق ص١٤٩ـ وما بعدها، سعيد الخن ـ أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ـ مرجع سابق ص٥٠٤.

(١) انظر فى هذا المعني د/ نوال محمد الشاكر ـ التفريق بين الزوجين للعيوب ـ مرجع سابق ص١٩٠-١٩١.

(٢) ربما كان من المناسب ذكر ذلك أولا وقبل الخوض فى تفاصيل تلك المسألة إلا أننى آثرت البدأ بالأهم، وهو : دراسة المسألة ثم بيان من هى الثيب ، بعد ذلك من باب إتمام الفائدة.

ومنه أيضا قيل للإنسان إذا تزوج ، ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى، يقال رجل ثيب ، وامرأة ثيب، قال ابن السكيت : وهو الذى دخل بامرأة ، وهى التى دخل بها وقيل للمرأة ثيبا لأنها ترجع بغير الوجه التى كانت عليه من الحياء، والثيب من ليس ببكر [1].

وأما الثيب فى اصطلاح الفقهاء: فقد اختلف الفقهاء فى تعريفها بناء على اختلافهم فى بعض ما تتحقق به الثيوبة حيث اتفقوا على بعض هذه الأمور واختلفوا فى البعض الآخر منها.

وإن كانت حقيقة الثيوبة زوال العذرة، كما أن حقيقة البكارة بقاء العذرة[2].

إلا أن الأحكام الشرعية ــ فى هذا الصدد ــ ليست مبنية على ذلك بالإجماع[3].

مواطن الاتفاق:

١- لا خلاف فى أن كل من زالت عذرتها بغير الوطء كأن تكون بسبب حيضة قوية، أو بوثبة ، أو حمل ثقيل ، أو طول تعنيس أى مكوث فترة طويلة بدون زواج، أو بجراحة فى المحل المعلوم، أو السقوط على جسم حاد أو فى مكان مرتفع أو غير ذلك مما لا يقع تحت حصر ، تعد بكرا فى نظر الشرع لأن هذه أمور لا تتحقق بها الثيوبة شرعا. فهى فى حكم البكر برغم زوال عذرتها[4].

وذلك لأنها لم تختبر المقصود " أى لم تجرب الوطء" ولا وجد وطؤها فى القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها، كما أن البكر هى التى يكون مصيبها أول مصيب، أى لم يصيبها مصيب وهذه كذلك، مشتق من الباكورة وهى أول الثمار ومن البكرة وهى أول

---

(١) انظر الفيومي ــ المصباح المنير ــ مرجع سابق جـ١ ص٩٦، الرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص ٨٩، وكذلك ابن حجر فى مقدمته للكتاب ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ المقدمة ص١٢٣.

(٢) العذرة لغة : البكارة والعذراء البكر . واصطلاحا : هى الجلدة الرقيقة بموضع المهبل، والتى تسمى حاليا فى الطب غشاء البكارة ، انظر للرازي ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص٤٢٠، د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ــ هامش ص ١٩٠.

(٣) انظر : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٣٦٤.

(٤) هناك وجه مرجوح فى الفقه الشافعي يعد هذه الأمور تحقق الثيوبة وتعد معها المرأة ثيبا. إلا أن الراجح أنها ليست كذلك، إذ تظل البنت بكرا، وتأخذ حكم الأبكار. انظر : ابن خطيب الدهشة ــ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤١٥، الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ ٩ ص ٦٦.

النهار[1].

٢ – ولا خلاف[2] أيضا فى أن من زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب أى الوطء بعقد صحيح، أو فاسد أو بوطء بشبهة [3]، تكون ثيبا ، لأن الوطء[4] على هذا النحو يحقق الثيوبة باتفاق.

وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء.

مواطن الخلاف :

١ – اختلف الفقهاء فيمن زالت عذرتها بالزنا، أى بوطء حرام، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أنها بكر مطلقا، سواء أشتهرت بذلك أم لم تشتهر ويذهب البعض إلى أنها ثيب مطلقا اشتهرت به أم لم تشتهر.

---

(١) انظر فى ذلك ابن قدامة – المغني – مرجع سابق – جـ ٧ص ٤٥٤، الصاوى بلغة السالك – مرجع سابق جـ١ ص٣٨١، السرخسي – المبسوط – مرجع سابق جـ ٥ص ٧، البابرتي – شرح العناية على الهداية – مرجع سابق جـ ٢ص ٤١٢، المرغيناني – الهداية – مرجع سابق جـ ٢ص ٤٠٢، ابن الهمام – شرح فتح القدير – مرجع سابق جـ ٢ص٤٠٢، الكاساني – بدائع الصنائع – مرجع سابق جـ ٢ص ٣٦٤، أطفيش – شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٦ ص ١٢٣، وفى هذا الصدد ذكر ابن خطيب الدهشة : " من زالت بكارتها بغير وطئ كالوثبة ونحوها فيه وجهان أصحهما لا ، بل حكمها حكم الأبكار فإن المقتضي للتفرقة بين البكر والثيب إنما هو الاختلاط بالرجال ومعرفتها بالأمور وزوال ما عند البكر من الحياء، وذلك مفقود فمن زالت بكارتها بغير الوطء .. " ابن خطيب الدهشة – مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي – مرجع سابق جـ٢ ص ٤١٥.

(٢) انظر الكاساني – بدائع الصنائع – مرجع سابق جـ ٢ص ٣٦٤.

(٣) والمقصود بالشبهة أى شبهة تدرء الحد عن الزوج سواء أكانت شبهة فاعل كمن يطؤ امرأة يظنها أنها زوجته أم شبهة ملك أم شبهة طريق، أى إنه فعل الشبهة الحل بقول عالم يصح تقليده وهكذا أو وطئ بعقد فاسد تخلف فيه شرط من شروط صحته كأن يتم بغير شهود – راجع فى ذلك – الصاوي بلغة السالك – مرجع سابق جـ ١ص ٣٧٨، عبد الرحمن الجزيري – الفقه على المذاهب الأربعة – المكتبة التجارية الكبرى – الطبعة الخامسة – بدون تاريخ جـ٤ ص ١٢٢.

(٤) الوطء المقصود هنا : هو الوطء فى القبل. فالموطوءة فى الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة فى القبل بل أن حكمها حكم الأبكار لعدم ممارستها للرجال بالوطء فى محل البكارة، وإن وجد الاختلاط على وجه أفحش من مخالطة الموطوءة فى القبل إلا أن النظر إلى ذلك يؤدي إلى إبطال ما علق عليه الشارع من البكارة والثيابة.

انظر ابن قدامة – المغني – مرجع سابق جـ ٥ ص٤٥٤، الرملي – نهاية المحتاج – مرجع سابق جـ٦ ص٢٣٠، البهوتي – الروض المربع – مرجع سابق جـ٢ ص٣٠٢، البكري – الاعتناء فى الفرق والاستثناء – مرجع سابق جـ١ ص٨٠٥، ابن خطيب الدهشة – مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي – مرجع سابق جـ٢ ص ٤١٥.

وأخيرا يذهب البعض إلى عدها ثيبا إن اشتهرت بذلك، أما إذا لم تشتهر بذلك فإنها تظل بكرا حكما وتأخذ حكم الأبكار[1].

٢ - كما اختلفوا أيضا فيمن تزوجت ولم تزل بكارتها لعدم الدخول حيث يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة أنها بكر ولو طال مكثها مع الزوج[2].

فى حين يرى المالكية أنها تكون ثيبا إذا أقامت مع زوجها سنة من يوم دخول الزوج بها، إذا أنكرت بعد فراقها الوطء مع العلم بخلوتها. وتكون بكرا إذا علم عدم الخلوة بها، وعدم الوصول إليها، ولو أقامت مع الزوج أكثر من سنة[3].

وبعد.. فقد استعرضنا آراء الفقهاء ــ استعراضا موجزا ــ فيما يحقق الثيوبة وما تصير به المرأة ثيبا.

وسبب **حتلاف الفقهاء** كما ذكر ابن رشد بقوله: " وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام : " الثيب أحق بنفسها من وليها :" بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية " [4]. والمراد بالثيوبة اللغوية ، حقيقة الثيوبة بقطع النظر عن سببها أى محرد زوال العذرة. أما الثيوبة الشرعية أى زوال العذرة بوجه شرعي.

وعلى كل ، فإن من رأى من الفقهاء أن المراد الثيوبة اللغوية جعل الثيوبة متحققة بكل ما يزيل العذرة، سواء أكان بوطء حلال، أم حرام .

ولذلك، عرف هؤلاء الفقهاء الثيب بأنها : " هى الموطوءة فى القبل سواء أكان

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الخلاف : ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جـ ٧ ص٤٥٣، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٦٣، البابرتي ــ شرح العناية ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤٠٢، المرغيناني ــ الهداية ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ص٤٠٢، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٢٢ وما بعدها، الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٦٦، ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص١٢٤، ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جـ٢ ص٨، ابن المرتضى ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٨، أطفيش ــ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ مرجع سابق جـ ٦ ص١٢٣، الصاوي ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٨١، د/ نوال محمد الشاكر ــ التفريق بين الزوجين للعيوب ــ مرجع سابق ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) ابن الهمام ــ شرح فتح القدير ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٤٠٣ ، السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ٥ ص٧، الرملي ــ نهاية المحتاج ــ مرجع سابق جـ ٦ ص٢٣٠ ، ابن المرتضى ــ البحر الزخار ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٩.

(٣) الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص٢٢٣ ، الدردير ــ الشرح الصغير ــ المرجع السابق جـ٢ ص٧٩، الصاوي ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ ١ص ٣٨١.

(٤) ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٨.

الوطء حلالا أم حراما" . وهذا مذهب الشافعية ، والحنابلة ، وأبى يوسف ومحمد من الحنفية . على أساس أن الثيب ــ فى نظرهم ــ هى من زالت عذرتها ، وهى ــ أى المزنى بها ــ كذلك فيجري عليها أحكام الثيب [1].

وأما من رآى من الفقهاء أن المراد الثيوبة الشرعية، ذهب إلى أن من أزيلت بكارتها بالفجور أى الزنا فهى بكر لا ثيبا، حكمها حكم الأبكار فى إذنها وتزويجها، على أساس أن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشئ لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تباشر بالإذن فى النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله، وهذا مذهب الإمأم أبى حنيفة والإمام مالك[2].

إلا أنه ورد عن المالكية تقييدهم الزنا الذى لا تتحقق به الثيوبة بكونه لم يتكور[3] بحيث استشعرت به وهو مروى عن الإمام أبى حنيفة أيضا.

وهذا ــ بحق ــ محل اعتبار، لأن من اعتادت على الزنا واشتهرت به لا يبقى حياؤها، ومن ثم تأخذ حكم الثيب. أما إذا حدث لها الزنا مرة لم تتكرر ولم تشتهر بذلك فهى بكر شرعا؛ لأن الشرع لم يظهر ذلك الفعل عليها، بل أمرها ووليها بالستر استحسانا لعدم إشاعة الفاحشة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " **أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله. من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله** " [4].

ولأنها ــ من لم تشتهر بالزنا ــ هى بكر فى عرف الناس، فتظل كذلك[5].

---

(١) ابن قدامة ــ مرجع سابق ــ جـ ٧ص ٣٥٤، الكاساني - بدائع الصنائع- مرجع سابق-جـ٢ ص٣٦٤.

(٢) السرخسي ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ ٥ ص٧، البابرتي ــ شرح العناية ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٠٢، المرغيناني ــ الهداية ــ مرجع سابق ــ جـ٢ص ٤٠٢، ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق ــ جـ ٧ص ٤٥٣، ابن رشد ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ مرجع سابق جـ٢ ص٨، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ ٢ص ٢٢٣، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٢ص٣٦٤.

(٣) الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٢٣، الصاوي ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ٣٨١، ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص ١٤٤.

(٤) الإمام مالك- الموطأ-مرجع سابق ص ٨٢٥- كتاب الحدود-باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(٥) ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٢٤، البابرتي ــ العناية ــ مرجع سابق- جـ٢ ص٤٠٢ ، الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٦٦.

إضافة إلى ما سبق ، فإن الشارع لم يرتب على فعلها أى أحكام من حيث المهر أو العدة أو النسب ونحو ذلك من الأحكام التى تترتب على الثيوبة[1].

وبناء على ذلك، فإننى أرى الأخذ بهذه التفرقة التى وردت عن المالكية حيث تعد من اشتهرت بالزنا ثيبا، ومن لم تشتهر به بكرا حكما.

وطبقا لما سبق يكون المراد بالثيب فى اصطلاح الفقهاء هى : " **من وطئت فى قبلها بنكاح صحيح، أو فاسد ، أو بشبهة ، أو بزنا اشتهرت به** "[2].

تلك هى الثيب التي لابد من نطقها، أو إذنها صراحة بالنكاح، وقبض الصداق. نظرا لتحقق ما يوجب الثيوبة فى حقها، ويرفع عنها ولاية الإجبار.

ويخرج بهذا التعريف من وطئت فى دبرها، وكذلك من أزيلت بكارتها بغير الوطء كالوثبة ونحوها مما ذكره الفقهاء الذى سبق بيانه.

فلا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه الأمور لا تتحقق بها الثيوبة شرعا. ويخرج أيضا من أزيلت بكارتها بوطء حرام وقع منها مرة بحيث لم تشتهر به أو لم تحد به فهذه أيضا تعد فى حكم الأبكار. لما سبق أن ذكرنا من مبررات لذلك[3]. أما من تكرر منها الزنا بحيث اشتهرت به أو حدت فيه فإنها تكون ثيبا لغة وشرعا. بحيث تجرى عليها أحكام الثيب إذ إنها فقدت عذرتها ، كما أنها فقدت حياءها.

---

(١) د/ نوال محمد الشاكر ــ مرجع سابق ص ١٩٧.

(٢) انظر فى هذا المعني : عبد الرحمن الجزيري ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ المكتبة التجارية الكبرى ــ الطبعة الخامسة ــ بدون تاريخ ــ جـ٤ ص٣٢.

(٣) راجع ما ذكر فى الصفحة السابقة.

٣ - المسألة الثالثة
سكوت زوجة العنين

هذه المسألة ذكرها الإمام ابن نجيم مثالا تطبيقيا عمليا على قول الفقهاء "لا ينسب إلى ساكت قول" . فقد جاء فى كتابه الأشباه والنظائر : " **وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا، ولو أقامت معه سنين** " [١].

والمعنى العام لهذه المسألة : أن زوجة العنين ــ أى من به عيب العنة ــ لا يعد سكوتها ــ بعد علمها بهذا العيب ــ رضا منها به، ومن ثم لا يسقط سكوتها حقها فى طلب التفريق بناء عليه، حتى ولو أقامت معه سنين[٢].

ودراسة تلك المسألة تقتضي التعريف بعيب العنة، ومدى ثبوت حق التفريق بهذا العيب، وأثر سكوت زوجة العنين على حقها فى طلب التفريق. وهذا ما سنتناوله ــ بشكل موجز ــ فيما يلي :

أولا: التعريف بعيب العنة :

أ - العنة فى اللغة :

العنة لغة : عجز يصيب الرجل فلا يقدر معه على الجماع، ومن به هذا العيب يقال له عنين، أى لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء، وامرأة عنينة، لا تشتهي الرجال.

وقيل : هو من لا يأتي النساء عجزا لعدم انتشار ذكره، ولا يريدهن، وقد يكون ذلك لمرض، أو كبر سن ، أو يصل إلى الثيب دون البكر.

والعنة، مأخوذة من معنى الاعتراض، كأن العنين اعترضه ما يحبسه عن النساء

---

(١) ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٤، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٤٣٩.

(٢) الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص ٤٣٩.

ويسمى عنينا؛ لأن ذكره يعن بقبل المرأة يمينا وشمالا فلا يقصده[1].

ب - العنة فى اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء العنة بتعريفات كثيرة ، حسبنا منها ما ذكره بعضهم بأن العنة هى : "عدم القدرة على إتيان النساء ".

وبناء عليه، فإن العنين هو : " الذى لا يقدر على إتيان النساء " أى العاجز عن إيلاج ذكره " [2]. لا فرق فى ذلك بين أن تقوم آلته أو لا تقوم، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض. وسواء أكان ذلك بسبب مرض أو ضعف فى خلقته أم لكبر سنه، أم لسحر، أم لغير ذلك من كل ما يؤدي إلى عدم استطاعته الوطء، كصغر الذكر جدا كما يرى فقهاء المالكية، وإن كان هؤلاء ـ المالكية ـ تحدثوا عن عيب آخر يكمل معنى العنة وهو عيب الاعتراض أى عدم انتشار الذكر[3]، فالواقع أن العنة ليس معناها صغر الذكر فقط، أو لينه وعدم انتشاره فقط كما ذهب الشافعية[4]، وإنما العنة هى العجز عن إيلاج الذكر مطلقا أيا كان سبب ذلك.

والمقصود هنا العجز عن الوطء فى القبل كما يرى جمهور الفقهاء؛ لأن القبل هو موضع الحرث الذى أمر الله تعالى به، ولا يخرج عن العنة لو كان قادرا على وطء الدبر فقط[5].

---

(١) الفيومي ـ المصباح المنير ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص ٨٤، الرازي ـ مختار الصحاح ـ مرجع سابق ـ ص ٤٥٨، الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٣ ص١٠٢١، ابن نجيم ـ البحر الرائق ـ مرجع سابق جـ٤ ص ١٣٣.

(٢) هذا التعريف لفقهاء الحنفية والحنابلة : أنظر : ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق، البابرتي ـ العناية ـ مرجع سابق جـ٣ ص٢٦٢، ابن نجيم ـ البحر الرائق ـ مرجع سابق جـ٤ ص١٣٣، ابن عابدين ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار ـ مرجع سابق جـ٣ ص٤٩٤، وقريب منه ما ذكره السيد البكري الشافعي لأن العنة هى : " العجز عن الوطء فى القبل لضعف الآلة أو القلب أو لكبر " . انظر السيد البكري ـ حاشية إعانة الطالبين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٣٣٥، الشرقاوي حاشية الشرقاوي على التحرير ـ مطبعة دار إحياء الكتب العربية ـ بدون تاريخ جـ٢ ص٢٥٤.

(٣) لأن المالكية يعرفون العنين بأنه " صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع " انظر الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق جـ ٢ص ٢٧٨، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ١ ص٤٢٥، الدردير ـ الشرح الصغير ـ مرجع سابق ـ جـ٢ ص١٠٧، ابن جزي ـ القوانين الفقهية ـ مرجع سابق ص ١٤٣.

(٤) لأن العنة عند الشافعية هى العجز عن الوطء للين الذكر وعدم انتشاره ، الماوردي ـ الحاوي الكبير مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٨، الشرقاوي ـ المرجع السابق جـ٢ ص٢٥٤.

(٥) انظر : ابن عابدين ـ حاشيته رد المحتار ـ مرجع سابق جـ٣ ص٤٩٤، ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق جـ٨ ص١٠، السيد البكري ـ حاشية إعانة الطالبين ـ مرجع سابق جـ٣ ص٣٣٥، الشرقاوي ـ حاشيته على شرح التحرير ـ مرجع سابق جـ٢ ص ٢٥٤.

والعنة قد تكون أصلية، وقد تكون طارئة، فالعنة الأصلية هى ما تعرف فى الطب بالعجز الجنسي الأولى ، وهى توجد بالرجل بأصل خلقتــه وتكوينه وتبدأ منذ بلوغــه أما العنة الطارئة فهى التى تلحق بالرجل بعد أن كان سليما وذلك لمرض أو شــيخوخة أو ضعف يؤدي إلى عنته. وقد تكون عضوية، أو نفسية ، فالعضوية يكــون منشــؤها عضويا فى جسد الرجل ، أما النفسية فهى التى تعود إلى أسباب نفسية كالخوف وعــدم الميل للنساء عموما، أو فرط حياء ، أو غير معلومة السبب.

وقد تكون مطلقة، أى بالنسبة لجميع النساء، فى الدبر أو القبل. وقد تكون نســبية أى تمنع الرجل من وطء بعض النساء دون بعض أو فى البكر دون الثيب، أو تمنعه فى القبل دون الدبر[1].

والمعتبر فى ذلك عنة الرجل بالنسبة لزوجته دون غيرها بحيث لم يتمكــن مــن إتيانها فى قبلها مطلقا.

ثانيا: مدى ثبوت حق التفريق للزوجة لعيب العنة :

هذه المسألة تتعلق بموضوع الخيارات فى عقد الزواج، وبخاصة خيار العيب[2].

فمن المعلوم انه لا خلاف بين الفقهاء فى عدم ثبوت خيار الرؤية ولا خيار الشرط فى عقد الزواج[3].

---

(١) راجع فى ذلك : د / نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص ٧١ - ٧٢.

(٢) سبق أن عرفنا الخيارات وأنواعها فى الفقه الإسلامي فى موضع سابق ونذكر بأن المراد بخيار العيــب هو : الحق فى فسخ العقد لوجود عيب فى المعقود عليه مما لا يتسامح فيه فى العادة ويؤثر على الرضــا بالعقد نفسه. ويراد به فى عقد الزواج " حق أحد الزوجين فى طلب التفريق وإنهاء العلاقة الزوجيــة إذا وجد بصاحبه عيبا متى توافرت شروط ذلك " .

انظر فى هذا المعني : الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ٥ ص٢٧٧، ابــن قدامــة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جــ٨ ص٣.

(٣) وفى ذلك يقول ابن قدامة : " ولا يثبت فى النكاح خيار سواء فى ذلك خيار المجلس، وخيار الشــرط، ولا نعلم أحدا خالف فى هذا، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه، فإنه لا يقع من الطالب إلا بعد تــرو وفكــر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله، بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفــة.." انظر ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق جــ٧ ص٤٩٨.

ويقول الكاساني " وخلو النكاح من خيار الرؤية ليس شرط للزوم النكاح، حتى لو تزوج امرأة ولــم يريها لا خيار له إذا رآها بخلاف البيع، وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة، أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى لو تزوجت بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح " .

انظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جــ٢ ص ٤٨٥. ==

فلا خلاف بين الفقهاء فى عدم ثبوت خيار الرؤية ولا خيار الشرط فى النكـــاح. وإنما الكلام فى هذا الصدد ـــ فى الخيارات فى النكاح ـــ عن خيار العيب ومدى ثبوتــه لأحد الزوجين، أو لكيلهما، ومدى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب.

وقد اختلف العلماء فى ذلك، حيث منعه الظاهرية مطلقا فلا خيـــار ـــ عندهـــم ـــ لأحد الزوجين ، أو لكيلهما إذا ما وجد بصاحبه عيبا من العيوب أيا كان هذا العيـــب . فالتفريق بالعيب ممنوع مطلقا[(1)].

فى حين أجازه جمهور العلماء من الصحابة ومن بعدهم، حيث يرون جواز بيـــن الزوجين للعيوب ـــ من حيث المبدأ ـــ وان اختلفوا فى تفاصيل ذلك، وفى تعيين العيوب التى لها أثر على عقد الزواج.

فأجاز البعض ثبوت خيار التفريق للعيب للزوجة وحدها ، فى حالة وجود عيــوب محددة فى الزوج، ولا يثبت هذا الحق للزوج، حيث يغنيه عن ذلك استعمال حقــه فـــى الطلاق لرفع قيد الزوجية ممن لا يريدها [(2)].

وأجازه البعض للزوجة وللزوج أيضا، ولكن بالنسبة لعيوب محددة على خلاف

== وخيار الرؤية هو " حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد أو بمضيه عند رؤيـــة محـــل العقـــد المعيـــن إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه " .

وخيار الشرط هو " أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق فىَ إمضاء العقد أو فسخه فـــى مدة معلومة إذا شرط ذلك فى العقد " .

أنظر : د/ محمد مصطفى شلبي ـــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ـــ مرجع ســـابق ص٣٩١، وراجع سابقا فى صور التعبير بطريق الدلالة.

(١) انظر : ابن جزي ـــ القوانين الفقهية ـــ مرجع سابق ص ١٤٣، ابن حزم ـــ المحلي ـــ مرجـــع ســـابق جـــ ١٠ ص ٥٨ ، ابن القيم ـــ زاد المعاد ـــ مرجع سابق جـــ٤ ص ٣٠، الصنعاني ـــ ســـبل الســـلام مرجع سابق جـــ٣ ص ١٠١٩، د/ محمد كمال الدين إمام ـــ الزواج والطـــلاق فـــى الفقـــه الإســـلامي مرجع سابق ص ٢٥٢ .

(٢) هذا الرأى للحنفية وقد اختلفوا فى عدد العيوب التى تجيز للزوجة طلب التفريق .

حيث يرى الإمام أبو حنيفة وأبوسيف أن ذلك محدد بعيوب ثلاثة هى : الجب ، الخصاء ، العنة .

بينما يرى محمد بن الحسن عدم التقيد بتلك العيوب الثلاثة بل بكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر.

أنظر الكاساني ـــ بدائع الصنائع ـــ مرجع سابق جـــ٢ ص ٤٨٣، د/ محمد سراج ـــ الأحوال الشـــخصية فى الشريعة الإسلامية ـــ مرجع سابق ص ٦٥، د/محمد كمال الدين إمام ـــ الزواج والطلاق فى الفقـــه الإسلامي ـــ مرجع سابق ـــ ص ٢٥٣.

بينهم حول تحديد هذه العيوب[1].

وأجازه البعض مطلقا، بمعني ثبوت حق الخيار في التفريق للعيب لكلا الزوجين متى وجد بصاحبه عيبا ينفر منه، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر، بحيث يحول دون المقصود من النكاح من غير تحديد لعيب، أو حصر ذلك في عيوب محددة، أي إن هذا الحق ـ طبقا لهذا الرأى ـ غير خاص بالزوجة أو الزوج ولا بعيب دون آخر.

وهذا الرأى الأخير ـ رجحه الإمام ابن القيم ويبدو لى أيضا انه الراجح، لأنه كما ذكر أحد أساتذتنا الأجلاء بحق ـ يتفق مع الأساس الفقهي الذى تقوم عليه نظرية التفريق للعيب[2].

---

(١) هذا الرأى للمالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون ثبوت حق الخيار بالتفريق للعيوب للزوجين سواء، ولكنهم اختلفوا فى تحديد العيوب التى تجيز ذلك.

فالمالكية :يحددون ذلك بثلاثة عشر عيبا يشتركان فى أربعة : الجنون ، والجزام ، والبرص والعزيطة " أى خروج الغائط عند الجماع " ويختص الرجل بأربعة هى : الخصاء ، والجب ، والعنة والاعتراض. وتختص المرأة بخمسة هى : الرتق ، والقرن ، والعفل ، والإفضاء، والبخر ، وهذه العيوب يثبت بها الخيار من غير اشتراط، وما عدها لا يثبت الخيار بها إلا بشرط.

ويرى المالكية : أن ثبوت الخيار بهذه العيوب إن وجدت قبل العقد أو حينه، أما الحادثة بعده كان للزوجة وحدها أن ترد به الزوج أما الزوج فليس له أن يرد الزوجة ـ بالعيوب التى تحدث بعد العقد ـ لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر ، لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا أثبت لها الخيار، فكأنهم يتفقون فى ذلك مع الحنفية فى قصر حق الرد للزوجة دون الزوج، لكن فيما يحدث من تلك العيوب بعد الزواج.

أنظر فى ذلك :الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق جـ٢ ص٢٧٧-٢٧٨، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق جـ١ ص١٠٦، ابن جزي ـ القوانين الفقهية ـ مرجع سابق ص١٤٢.

ويرى الشافعية :أن العيوب سبعة : ثلاثة مشتركة بين الرجل والمرأة وهى : الجنون والجزام والبرص، وتختص الزوجة، بالقرن والرتق ويختص الرجل بالجب والعنة. فجملة العيوب سبعة.

انظر : الماوردي ـ الحاوي الكبير ـ مرجع سابق جـ٩ص ٣٨٨، النووي ـ روضة الطالبين ـ مرجع سابق ـ جـ٥ ص٥١٢، السيد البكري ـ حاشية إعانة الطالبين ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص٣٣٥، عبد الرحمن الجزيري ـ الفقه على المذاهب الأربعة ـ مرجع سابق جـ٤ص ١٩٣ الشرقاوي ـ حاشيته على التحرير ـ مرجع سابق ـ جـ ٢ص ٢٥٣.

ويرى الحنابلة : أن تلك العيوب ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى الجنون والجزام و البرص واثنان يختصان بالرجل وهما : الجب والعنة . وثلاثة تختص بالمرأة وهى : الفتق والعفل والقرن.

أنظر : ابن قدامة ـ المغني ـ مرجع سابق ـ جـ٨ ص١٧، المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق ـ جـ ٨ص ٤، البهوتي ـ الروض المربع ـ مرجع سابق جـ٢ ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر فى عرض هذا الرأى وترجيحه : ابن القيم ـ زاد المعاد ـ مرجع سابق جـ٤ ص٣١، الشوكاني ـ نيل الأوطار ـ مرجع سابق جـ٦ ص١٥٧، الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٣ ==

وما يعنينا في هذا المقام هو عيب العنة ومدى ثبوت حق الخيار به للزوجة في طلب التفريق من زوجها.

وفي ذلك ذهب جمهور العلماء إلى أن عيب العنة ـ يجيز للمرأة ـ طلب التفريق[1].

وخالف في ذلك بعض العلماء[2]، إذ يرون أن عيب العنة لا يفسخ به النكاح، ولا يثبت للمرأة الحق في طلب التفريق.

==ص١٠١٩، القنوجي البخاري ـ الروضة الندية ـ مرجع سابق جـ٣ ص٣٢، د/ محمد كمال الدين إمام ـ الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص٢٥٥، د/ عبد القادر محمد قحطان ـ المرجع السابق ص٢٧٧، هذا الرأى ـ كما ذكرنا ـ اختيار ابن القيم وقد نسبه إلى بعض أصحاب الشافعي رحمه الله ـ والزهري حيث نقل عنه " .. وقال الزهري : ـ رضى الله عنه ـ يرد النكاح من كل داء عضال " كما حكم به شريح ، كما نسبه الكاساني إلى الإمام محمد بن الحسن الشيباني . ويقول الإمام بن القيم في ذلك : " والقياس إن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع .. " ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده، وعدله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة. وأما الاقتصار على عيبين ، أو ستة ، أو سبعة دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين . أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ " لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له ـ أى عقيم ـ أخبرها أنك عقيم وخيرها. فماذا يقول ـ رضى الله عنه ـ فيما عدا ذلك من العيوب ..."

راجع ابن القيم ـ زاد المعاد ـ المرجع السابق جـ٤ ص ٣١.

(١) نقل هذا الرأى ابن قدامة المقدسي ، حيث ذكر أن " العنة عيب بالرجل وتستحق به المرأة فسخ النكاح.. وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ـ رضى الله عنهم ـ وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي.. وعليه فتوى فقهاء الأنصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي.. " كما نقله الكاساني أيضا، كما أنه واضح أيضا من خلال استقراء نصوص الفقهاء في تحديدهم للعيوب التى تجيز التفريق ـ والتى أشرنا إليها سابقا ـ حيث نجد أن عيب العنة لا خلاف بين من أجاز التفريق للعيب من الفقهاء ـ على انه من العيوب التى تجيز التفريق للمرأة.

انظر ابن قدامة المقدسي ـ الشرح الكبير ـ مرجع سابق جـ٨ ص٧٥٦، الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق جـ٢ ص١٧٦، الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق جـ٣ص ١٠٢١، الماوردي ـ الحاوي الكبير ـ مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٨، راجع سابقا هامش الصفحات الثلاثة السابقة.

(٢) نقل هذا الرأى أيضا ابن قدامة المقدسي ونسبه إلى داود الظاهري ، كما نقله الصنعاني ونسبه إلى الإمام أحمد وجماعته من غير تحديد، كما نقله الإمام الكاساني من غير تحديد لهؤلاء العلماء ـ كما نقله الماوردي في الحاوي الكبير ، محمد نجيب المطيعي ـ تكملة المجموع ـ منسوبا إلى الحكيم ابن عيينة وداود وأهل الظاهر.
==

وقد استدل الجمهور على أنه يجوز للمرأة طلب التفريق للعنة، بالكتاب، والسنة والإجماع ، والمعقول.

١ - فمن الكتاب قوله تعالى : " **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** "[١] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة.أن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أى بحسن صحبة وعشرة من غير أن يظلمها شيئا من حقها، أو التسريح بالإحسان أى يطلق سراحها " بالطلقة الثالثة بعد الطلقتين " ويتركها لتتزوج بمن تشاء لعلها تسعد بزواج ثان[٢].

ومعلوم أن استبقاء النكاح وحرمانها من حقها فى طلب التفريق أن اختارته مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف فى شئ فيتعين عليه التسريح بإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا ناب القاضي منابه فى التسريح[٣].

وقوله تعالى : " **ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف** " [٤]، فلما كان الوطء حقا له عليها وجب أن يكون حقا لها عليه كذلك[٥].

٢ - **ومن السنة** : قوله - صلى الله عليه وسلم - : " **لا ضرر ولا ضرار** " [٦].

استدل العلماء من هذا الحديث على حق المرأة فى طلبها التفريق لعنة زوجها رفقا

== أنظر الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٧٦، ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٨ ص٧، الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص٣٦٨، محمد نجيب المطيعي ــ تكملة المجموع ــ مرجع سابق جـ ١٥ ص ٤٣٥، الصنعاني ــ سبل السلام ــ جـ٣ ص١٠٢١، ابن حزم ــ المحلي ــ مرجع سابق جـ١٠ ص٥٨.

(١) سورة البقرة ، آية [٢٢٩].

(٢) القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الثاني جـ٣ص ١١٨، ابن كثير ــ تفسير القرآن العظيم ــ مرجع سابق جـ ١ص ٢٧٢، د/ محمد على الصابوني ــ تفسير آيات الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ١ص ٣٢١.

(٣) انظر الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص ٢٢٨، الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص ٤٧٧.

(٤) سورة البقرة ، آية [٢٢٨].

(٥) الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٨.

(٦) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ عن عمر بن يحيي عن أبيه ومرسلا وأخرجه الحاكم فى المستدرك والبيهقي وأخرجه ابن ماجة ــ من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت ــ رضى الله عنهم.
أنظر الإمام مالك ــ الموطأ ــ مرجع سابق ص ٧٤٥ كتاب الأقضية ، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ٨٥.

للضرر الواقع عليها من هذا العيب، إذ إن فى بقائها معه بهذا العيب ضررا بها وظلما فى حقها، ومن ثم فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء لطلب الفرقة.

٣- **أما الإجماع** ، فهو إجماع الصحابة ــ رضى الله عنهم ــ فقد روى أن عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ قضى فى العنين أنه يؤجل سنة ، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة، وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه مثله، كما روى عن على أيضا ، وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعا[١].

٤- وأما استدلالهم من المعقول من وجهين:

الأول: أن العنة عيب يمنع الوطء ، والوطء مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، ولو مرة واحدة، وفى إلزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها، وهذا ضرر وظلم، لذلك يثبت الخيار به ــ بعيب العنة ــ كالجب رفعا للضرر والظلم الواقعين عليها نتيجة لهذا العيب[٢].

الثانى: أن المهر عوض فى عقد النكاح، والعجز عن الوصول يوجب عيبا فى العوض، لأنه يمنع من تأكده بيقين ــ والعيب فى العوض يوجب الخيار كما فى البيع[٣]. ولأنه لما وجب له الخيار فى فسخ نكاحها بالرتق لتعذر الجماع عليه مع قدرته على فراقها بالطلاق كان أولى أن يجب بعنة الزوج، لأنها لا تقدر على فراقها بالطلاق[٤].

وقد استدل من ذهب إلى عدم ثبوت الخيار والتفريق للزوجة، بالسنة والمعقول:

١- **فمن السنة:** بما روى عن عائشة ــ رضى الله عنها ــ أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبى – صلى الله عليه وسلم – فقالت : كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله

---

(١) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٧٧، ابن قدامة المقدس ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٨ ص٧، الماوردى ــ الحاوى الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٨، وقد ذكر الماوردى فى هذا الموضوع " وقد قال الشافعى فى إثبات هذا الإجماع لا أحفظ عمن لقيته خلافا فى ذلك"

(٢) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٤٧٧، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٨ ص٧، السرخسى ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ٥ ص١٠٠.

(٣)الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٧٧.

(٤) الماوردى ــ الحاوى الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٨ ، ومعلوم أن ذلك بناءا على أقوال الشافعية ومن معهم فى إثبات الخيار للزوجين بالنسبة لبعض العيوب التى سبق ذكرها.

– صلى الله عليه وسلم – فقال: " أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك"(١).

وجه الاستدلال من الحديث الشريف: أن تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ورسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يثبت لها الخيار أو لم يجز لها التفريق من زوجها – الثاني – ومن ثم، فإن عيب العنة لا يجيز للمرأة طلب التفريق.

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث ، من جهة أن تلك المرأة لم تطلب الفسخ، بل فهم منها النبي – صلى الله عليه وسلم – أنها تريد أن يراجعها رفاعة ، فأخبرها أن عبد الرحمن حيث لم يذق عسيلتها ولا ذاقت عسيلته لا يحلها لرفاعة ، يدل على ذلك ما أخرجه الإمام مالك في الموطأ " أن عبد الرحمن لم يستطع أن يمسها فطلقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول فجاءت تستفتي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأجابها بأنها لا تحل له"، وبذلك فلا حجة في هذا الحديث على ما نحن فيه(٢).

كما نوقش أيضا بأن مقالة تلك المرأة لم تكن دعوى العنة، بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيب ، أو ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة(٣).

٢– **أما استدلالهم بالمعقول:** فهم يرون أن عيب العنة لا يوجب فوات المستحق بالعقد بيقين، فلا يوجب الخيار كسائر العيوب بخلاف الجب(٤)، فإنه يفوت المستحق بيقين.

وقد نوقش ذلك، بأن عيب العنة بمعناه المعروف وهو العجز عن الوطء لا يتحقق

---

(١) الحديث أخرجه البخاري ومسلم بروايات مختلفة – انظر مسلم – صحيح مسلم – مرجع سابق جـ٢ ص١٠٥٦ كتاب النكاح ، ابن حجر – فتح الباري – مرجع سابق جـ١٠ ص٣١٩ كتاب اللباس ٦ باب الإزار المهذب جـ٩ ص٤٤٤ كتاب الطلاق ص٤٥٢ ، الإمام مالك – الموطأ – مرجع سابق ص٥٣١، كتاب النكاح – باب نكاح المحلل وما أشبهه – المراد بقول : " بت طلاقي – أي طلقني ثلاثا والبت القطع وإن ما معه أي وإن الذي معه ففي متاعه وهدبة الثوب أي طرفه الذي لم ينسج – المعنى أن متاعه رخو كهدبة الثوب وهو كناية عن لين ذكره أو عنته وعسيلته – تصغير عسله – وهي كناية عن الجماع.

(٢) انظر الصنعاني – سبل السلام – مرجع سابق – جـ٣ ص١٠٢١.

(٣) انظر الكاساني – بدائع الصنائع – مرجع سابق – جـ٢ ص٤٧٧، ابن قدامة – المقدسي – الشرح الكبير – مرجع سابق جـ٨ ص٧ ، الماوردي – الحاوي الكبير – مرجع سابق جـ٩ ص٣٦٩ السرخسي – المبسوط – مرجع سابق – جـ ٥ ص١٠٠.

(٤) الجب: ومعناه قطع الذكر.

معه المقصود من الزواج ، فيوجب الخيار لما فى استمرار النكاح من ظلم لها؛ لأنه يفسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه، ومقصودها بالعقد قد فات بيقين[1].

الراجح:

من خلال عرضنا لآراء العلماء، وأدلتهم حول مدى ثبوت حق خيار التفريق بعيب العنة لزوجة العنين، يتبين لنا أن الراجح هو ما أجمع عليه الصحابة ــ رضى الله عنهم ــ وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عنة الزوج تثبت لزوجته خيار التفريق منه وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض، لكونه يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التى توجب رفع الضرر والظلم عن العباد فى المجالات كافة ، ومن ثم رفع الظلم والضرر عن زوجة العنين بمنحها الحق فى طلب التفريق من زوجها، إذا اختارت الفرقة.

ومما يدعم ترجيح رأى الجمهور أيضا أن ما استدل به المانعون لثبوت خيار الزوجة ليس دليلا على ما يدعون.

هذا ، وقد اشترط الفقهاء لثبوت حق التفريق للعنة شروطا بعضها محل اتفاق وأخرى محل خلاف بين الفقهاء.

فقد اتفق الفقهاء ــ لتحقق العنة ــ ومن ثم ثبوت حق التفريق بها ــ البلوغ والصحة بالنسبة للرجل ، إذ قد تكون عدم قدرته على الوطء بسبب صغره، وعدم تكون الشهوة لديه بعد، كذلك لو كان مريضا فلا تعتبر عنته إلا بعد شفائه وعودة صحته[2].

أما الشروط الأخرى التى اختلف الفقهاء بشأنها فهى إجمالا: عدم سبق وطء الزوجة ــ فى قبلها ــ دون غيرها[3] ، كما يشترط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب

---

(١) انظر فى ذلك: الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جــ ٢ ص٤٧٧ ــ السرخسي ،المبسوط ــ مرجع سابق جــ ٥ ص١٠٠.

(٢) انظر فى ذلك: عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجع سابق جــ٤ ص١٩٣ د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص٧٣.

(٣) ومقتضى هذا الشرط: عدم سبق الوطء من هذا الزوج لزوجته خاصة لغيرها من النساء فإذا كان قد وطئها ولو مرة واحدة فلا يعد عنينا بالنسبة لها فمتى وطئ إمرأته ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها لأنه لو وصلها أى وطئها مرة واحدة يكون قد وصل إليها حقها بهذا الوطئ والخيار إنما هو لتفويت الحق المستحق ولم يوجد، فالوطء ولو مرة قد تحققت قدرته على الوطئ فى هذا النكاح وذالت عنته فلا خيار لها. وأما إن وصل إلى غير زوجته فلا يبطل ذلك حقها فى الخيار لأن العبرة بوطئها منه دون غيرها==

وقت النكاح، ولا ترض به بعد علمها ــ بعد العقد ــ والاطلاع عليه. كما يشترط بعض الفقهاء ألا يكون بالزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسى، فإذا كان بها عيب كـــالرتق مثلا فلا حق لها فى طلب التفريق ، لأن الإضرار هنا غير متوافر، وهو أساس طلـــب التفريق[1].

ثالثا: أثر سكوت زوجة العنين على حقها فى طلب التفريق:

إذا توافرت شروط التفريق للعنة ــ التى أشرنا إليها فيما سبق ــ ثبت للزوجة حق مطالبتها التفريق بعنة زوجها. ولكن ما الحكم لو سكتت الزوجة عن المطالبة بـــالتفريق فهل يعد سكوتها رضا منها بالعيب، وإسقاطا لحقها فى طلب التفريق؟

يرى عامة الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشـــافعية ، والحنابلـــة أن ســـكوت زوجة العنين عن المطالبة بحقها فى التفريق ، بعد إطلاعها على عنته بعد الـــزواج[2]

==ــ وهذا رأى الجمهور ــ وذهب بعض الحنابلة إلى أن وطئه لأى امرأة يخرجه من العنة فـــى حـــق جميع النساء.

انظر فى ذلك الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـــ٢ ص٢٨١ ــ الدرديـــر ــ الشـــرح الصغير ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٠٧، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير ــ مرجع ســـابق جـــ٨ ص٩، الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٤٨١ ، الماوردى ــ الحاوى الكبـــير ــ مرجـــع سابق جـ٩ ص٣٦٩ ، السيد البكرى ــ حاشية إعانـــة الطـــالبين ــ مرجـــع ســـابق جـــ٣ ص٣٣٥ الصـــاوى ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٢٦ ، البهوتى ــ الروض المربع ــ مرجع ســـابق جـ٢ ص٣٠٩، ابن عابدين ــ حاشية رد المحتار ــ مرجع سابق جـ٣ ص٤٩٤.

(١) انظر المرجع السابق د/ محمد كمال الدين إمام ــ الزواج والطلاق فى الفقـــه الإسلامى ــ مرجع ســـابق ــ ص٢٥٤ ، د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص٧٣ وما بعدها.

(٢) بل إن فقهاء المالكية والشافعية يرون أن علمها بعيب العنة قبل الزواج وإقدامها ــ مـــع ذلـــك ــ علـــى الزواج منه لا يعد رضا منها بالعيب مسقطا لحقها فى طلب التفريق وذلك على خلاف سائر العيوب حيث يبطـــل المطالبة بالرد بها بالعلم بها قبل العقد ومستند المالكية والشافعية فى ذلك: أن عيب العنة يختلـــف عن غيره من العيوب إذ قد يزول سببه فيبرأ ومن ثم فإن إقدامه على العقد يفسر على أنها كانت ترجـــو برأه وشفاءه.

انظر فى ذلك ــ الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٧٧، الماوردى ــ الحـــاوى الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٧٢، د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص٨٩ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة دلالة السكوت عن العيوب ذات ارتباط بمسألة خلافية عند الفقهاء وهى ثبوت خيار الفسخ بالعيب هل يكون على الفور أو على التراخى ؟ فالقول بأنه علـــى الفـــور مـــؤداه أن السكوت فى مجلس العلم بالعيب يكون رضا منه ولا يملك الفسخ. أما القول بالتراخى: فمؤداه أن السكوت لا يكون رضا بالعيب. بل يحق للسليم الفسخ متى شاء مالم يصدر منه رضا قوليا أو فعليا والواقـــع أنـــه فيما يختص بعيب العنة بالذات فإنه حتى القائلين بأنه على الفور لا يعدون سكوت الزوجة مبطلا لحقـــيا فى المطالبة بالتفريق. وفى ذلك يقول البكرى الشافعى: والعيوب على الفور إلا عيب العنة ولا ينـــافى==

وإقامتها معه، وتمكينه من نفسها لا يعتبر رضا منها بالعيب ، ولا يسقط حقها في المطالبة بالتفريق.

وقد صرح الفقهاء بذلك في كثير من النصوص منها على سبيل المثال ما جاء في المغني لابن قدامة: " فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد، فلها ذلك"[1]. وما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم بأنه: "وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين "[2].

وما جاء في حاشية الدسوقي: " .... إلا امرأة المعترض إذا علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها فلها الخيار حيث كانت ترجو برأه فيها ولم يحصل"[3].

وما جاء في كتاب الحاوي للماوردي : " ... وإن علمت المرأة بعنة الزوج كان حقها في مرافعته إلى الحكام على التراخي دون الفور، لأنه .. عيب مظنون وليس بمتحقق"[4] ، وما جاء في روضة الطالبين للنووي : " .. لكن لو سكتت ، وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل فلا بأس بتنبيهها " [5].

فيستفاد من هذه النصوص أن حق المرأة ــ زوجة العنين ــ في المطالبة بالتفريق من زوجها لا يسقط بسكوتها ، فلا يعد هذا السكوت من قبلها رضا منها بالعيب بطريق

==الفورية ضرب سنة في العنة، انظر البكري ــ حاشية إعانة الطالبين ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٣٣٦ ويقول الماوردي أيضا : " وإن علمت المرأة بعنة الزوج كان حقها في مرافعته إلى الحاكم على التراخي دون الفور".

انظر الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٧٢ ، د/ عبد القادر قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ ص٢٧٨.

(١) ابن قدامة ــ المغني ــ مرجع سابق ــ جـ٨ ص٢٢، ونفس النص أورده ابن قدامة المقدسي ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ ٨ ص١٨ ــ كما أورده أيضا الحجاوي في كتاب ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ ٣ ص٣٥٩.

(٢) ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٤.

(٣) الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٢٧٧ ويلاحظ على هذا النص أنه: خاص بالمعترض ــ أي الذي لا ينتشر ذكره ــ إلا أننا علمنا أنه يدخل في عيب العنة.

(٤) الماوردي ــ الحاوي الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٧٢، وثبوت الخيار بعيب العنة على التراخي كما سبق أن ذكرنا حتى عند الشافعية الذين يرون أن الأصل في الخيار على الفور لا على التراخي. لكنهم استثنوا عيب العنة من ذلك.

(٥) النووي: روضة الطالبين ــ مرجع سابق جـ٥ ص٥٣٠، الشرقاوي ــ حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٥٥.

الدلالة من خلال إقامتها معه زمنا ولو طويلا ــ وتمكينه من نفسها وتلذذه بها، لأن الرضا المعتد بها من المرأة فى هذه الحالة لا يستفاد بطريق الدلالة.

بل لابد من تصريحها بذلك بأن تقول رضيت بالمقام معه، أو رضيت به عنينا وما ماثل ذلك . أما السكوت فلا يعد دليلا على رضاها بذلك. حتى لو صاحبه فعل من جهتها كتمكينه منها أو الإقامة معه كما أشرنا سابقا[1].

وإذ تقرر أن سكوت المرأة ليس رضا منها بعنة زوجها، فإنه يترتب على ذلك ثبوت حقها فى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتفريق منه، وهنا يسأله القاضى هل وصل إليها أو لم يصل ، أى التأكد من تحقق العنة وشروط التفريق بها.

وإذا ثبت لدى القاضى أنه لم يصل إليها ــ أى لم يتحقق الوطء منه لها ــ بإقراره، أو بظهور البكارة[2] ، فإنه يؤجله ، أى يعطيه مهلة سنة كاملة، ولابد من ذلك كما فعله عمر ــ رضى الله عنه ــ ، وأجمع الصحابة عليه، وتابعهم الفقهاء فى ذلك[3].

والحكمة من تأجيل العنين سنة بعد رفع الزوجة الأمر إلى القضاء هى الوقوف على حال الزوج، ليعلم هل عنته من مرض طارئ فيرجى زواله، أو من بغضه لها مع القدرة على الوصول ، أو هى راجعة إلى نقص فى أصل خلقته فلا يرجى زواله.

فمهلة السنة لاختباره خلال فصولها الأربعة، إذ قد ينفع الدواء فى فصل دون فصل لاحتمال أن تكون عنته من داء، أو طبيعة غالبة من الحرارة، أو البرودة ، أو

---

(١) انظر فى ذلك: الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٣٥٩ وفى ذات المعنى: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٤٨٢ عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ ص١٩١ د/ عبد القادر قحطان ــ المرجع السابق ص٢٩٣ ، نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص١٠٥.

(٢) هنا تثور مسألة كيفية إثبات العنة عند التنازع بشأنها بين الزوجين فإذا أقر الزوجان بذلك فلا مشكلة ، أما إذا أنكر الزوج عنته وادعى أنه وصلها، فإن كانت المرأة ثيبا فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها لأن الثيوبة دليل الوصول فى الجملة، والمانع من الوصول من جهته عارض، فكأن الظاهر شاهد له ، إلا أنه يستحلف دفعا للتهمة أما إذا قالت المرأة إنها بكر نظر إليها النساء فإن قلن هى ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن قلن هى بكر فالقول قولها... انظر فى ذلك: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٤٧٧، ص٤٧٨ ، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٨ ص٨، الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ ٣ص٣٦٠ ، الصاوى ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ١ ص٤٢٦.

(٣) انظر السيد البكرى ــ حاشية إعانة الطالبين ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٣٣٦ ، الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٧٨ ، السرخسى ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ٥ ص١٠١، ابن الهمام ــ شرح فتح القدير ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٦٢.

الرطوبة ، أو اليبوسة ، فكان تأجيله سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة المشتملة على الطبائع الأربع ، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول(١).

ويبدأ حساب السنة ــ طبقا للرأى الراجح فى ذلك ــ من يوم ضرب القاضى الأجل للعنين ، وليس من وقت رفع الدعوى أمام القاضى، وذلك لاختلاف إجراءات التقاضى اليوم عما كانت عليه فى عهد الفقهاء، نظرا لتعقد وطول إجراءات التقاضى التى يفرضها العصر الحالى.. الأمر الذى قد تطول معه الفترة من يوم رفع الدعوى بالعنة إلى حين ثبوتها وحكم القاضى بالتأجيل، والذى يمكن معه انتهاء الأجل قبل صدور حكم القاضى، وهذا يتنافى مع الحكمة من التأجيل(٢).

وللزوج فى خلال تلك السنة(٣) أن يقيم معها، وأن يضاجعها، ويجب عليها أن تمكنه من ذلك، لأن الحكمة من التأجيل ــ كما سبق ــ هى الاختبار والوقوف على حقيقة عنته، ومدى قابليتها للشفاء أو الزوال، وذلك لا يتأتى إلا بالمخالطة(٤).

---

(١) انظر فى ذلك: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٧٨، الماوردى ــ الحاوى الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص٣٧٠، السيد البكرى ــ حاشية إعانة الطالبين ــ مرجع سابق جـ٣ ص٣٣٦ الصاوى ــ بلغة السالك ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٢٦ ، الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٧٩، الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ٣ ص٣٥٩ ، السرخسى ــ المبسوط ــ جـ٥ ص١٠١.

(٢) والرأى الراجح المشار إليه هو رأى الشافعية والمالكية ، وعلى خلاف ذلك يرى الحنفية والحنابلة أن السنة تبدأ من يوم رفع الدعوى.

انظر النووى ــ روضة الطالبين ــ مرجع سابق جـ٥ ص٥٣٠ ، الصاوى بلغة السالك ــ مرجع سابق جـ١ ص٤٢٦، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٨ ص٨، الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ٣ ص٣٥٩، انظر فى ترجيح ذلك: د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص٨٥.

وقد اختلف الفقهاء أيضا فى هذا الصدد عن المقصود بالسنة هنا هل السنة القمرية الهلالية ٣٥٤ يوم أم هى السنة الشمسية ٣٦٥ يوما والراجح أنها السنة الهلالية أى القمرية التى تحسب بالتقويم الهجرى.

انظر فى ذلك د/ نوال محمد الشاكر ــ المرجع السابق ص٨٣، ٨٤.

(٣) تكلم الفقهاء فى هذا الصدد عن طرو الموانع خلال فترة التأجيل وهل هى تحسب من مدة السنة أم هل يستعاض عنها.. فيقول الإمام الكاسانى : إذا أجل سنة فشهر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ولا يجعل له مكانها الآن الصحابة ــ رضى الله عنه ــ أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بأن السنة لا تخلوا عن ذلك ولو مرض الزوج فى المدة مرضا لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هى فإن استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى أما إذا كان المرض أقل من ذلك فلا يحتسب إذا كان أقل من شهر.. انظر : الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٤٧٩.

(٤) انظر: عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجع سابق جـ٤ ص١٩١.

وإذا مضى أجل العنين ــ أى انتهت السنة ــ فسأل القاضى أن يؤجله سنة أخرى لم يفعل إلا برضا المرأة ، لأنه قد ثبت لها حق التفريق، وفى التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها[1].

وإذا تم التأجيل، فإن وصل إليها الزوج فى خلال تلك المدة سقط حقها فى المطالبة بالتفريق ، هذا إن اتفقا على ذلك ، ففى هذه الحالة هى زوجته ولا خيار لها، أما إن اختلفا، فادعى الزوج الوصول ونفته الزوجة، فإن كانت ثيبا فالقول قوله ــ كما سبق ــ مع يمينه، وإن كانت بكرا ــ بشهادة النساء ــ فالقول قولها[2].

وإذا ثبت أنه لم يطأها .. فإن القاضى يخيرها، فإن شاءت اختارت الفرقة، وإن شاءت اختارت البقاء مع الزوج، فإن اختارت المقام مع الزوج بطل حقها، ولم يكن لها خصومة فى هذا النكاح أبدا؛ لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها، وإن اختارت الفرقة فرق القاضى بينهما[3].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رضاها بعد تخيير القاضى لها بعد انتهاء السنة وعدم الوصول أو عدم تحقق الوطء. لا يشترط أن يكون صريحا بأن تقول إننى رضيت بالمقام معه أو قبلت كونه عنينا، بل يمكن أن يتم دلالة من خلال استمرارها بالإقامة معه أو مخالطته ومضاجعته بالأولى. ولا يعد الرضا هنا تم بطريق السكوت المجرد وإنما بطريق الدلالة الفعلية.

وحتى على فرض أنها لم تنطق ولم تخالطه بعد إلا أن سكوتها مع ذلك يعد سكوتا فى موضع الحاجة إلى البيان إذ كان يجب عليها بعد أن رفعت أمرها إلى القاضى أن

---

(١) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٨٠.

(٢) انظر الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٤٨٠، محمد نجيب المطيعى ــ تكملة المجموع ــ مرجع سابق جـ١٥ ص٤٣٥ ، عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجع سابق جـ٤ ص١٩١.

(٣) الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٨١.

وقد اختلف الفقهاء فى طبيعة الفرقة هنا هل طلاق أو فسخ ، انظر: الماوردى ــ الحاوى الكبير ــ مرجع سابق جـ٩ ص٣٧٥، حيث ذكر أنه ... مالك وأبو حنيفة على الفرقة طلاقا ولا تكون فسخا وهذا خطأ لأنها فرقة من جهتها، والطلاق لا يكون من جهة الزوج، وانظر: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤٨١، ويقول السرخسى : هى تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعى يكون فسخا السرخسى ــ المبسوط ــ مرجع سابق جـ٥ ص١٠٢.

تختار الفرقة ، فإن لم تفعل فهى راضية ويسقط حقها فى التفريق بذلك.

فالحاصل أن حقها يسقط ــ بعد التأجيل ــ بأمرين : قيامها معه ومضاجعتها لــه بعد تخيير القاضى، وقيامها من المجلس دون اختيار، أما قبل ذلك فلا يسقط خيارها[1].

خلاصــة:

نخلص مما سبق إلى أن سكوت زوجة العنين تختلف دلالته باختلاف كونه قبــل تخيير القاضى، أو كان بعد ذلك.

فإذا كان سكوتها قبل تخيير القاضى، فإنه لا أثر له على حقها فى طلب التفريــق ولا يعد رضا منها بالعيب، إذ يجب لسقوط حقها أن يكون الرضا ــ فى تلك المرحلة ــ صريحاً بأن تصرح بإسقاط حقها فى الخيار كأن تقول : أسقطت الخيــار، أو رضيــت بالنكاح ، أو اخترت الزوج.

أما بعد تخيير القاضى لهــا بعد مضى المدة ، فإنه يمكــن أن يســتفاد رضاهــا بطــريق الدلالة لا بطريق التصريح، وذلك كأن تفعل ما يدل على الرضا بالمقام معــه - الزوج - بأن خيرها القاضى فأقامت مع الزوج مطاوعة له فى المضجع وغير ذلــك لأن ذلك دليل الرضا بالنكاح، وذلك بخلاف ما لو حدث ذلك قبل تخيير القاضى فإنه لــم يكن رضا[2] ــ كما أشرنا سابقا.

ولكن هل يكون ذلك رضا بطريق السكوت المجرد؟

فى الواقع أن هذا ليس رضا بطريق السكوت المجرد، لأنه إن حدث منها فعل يدل على الرضا فيكون رضا بطريق الدلالة، وقد تكلمنا عنه فى موضع سابق وعلمنا أنــه يختلف عن التعبير بطريق السكوت[3].

أما إن سكتت ولم يصدر عنها أى فعل يستفاد منه الرضا دلالة، فيكون رضــا

---

(١) السرخسى ــ المبسوط ــ مرجع سابق جــ ٥ ص١٠٢.
عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجع سابق جــ ٤ ص١٩١.

(٢) انظر فى هذا المعنى: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جــ٢ ص٤٨٢، الماوردى ــ الحــاوى الكبير ــ مرجع سابق جــ٩ ص٣٧٥ ، عبد الرحمن الجزيرى ــ الفقه على المذاهب الأربعة ــ مرجــع سابق ــ جــ٤ ص١٩١، د/ عبد القادر قحطان ــ المرجع السابق ــ ص٢٧٨ وما بعدهــا ، د/ نــوال الشاكر ــ المرجع السابق ــ ص١٠٥.

(٣) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت ، والتعبير بطريق الدلالة.

أيضا، لأن السكوت هنا ليس سكوتا مجردا وإنما هو سكوت ممن يجب عليه البيان وهو الزوجة فيكون سكوتا فى موضع الحاجة إلى البيان ــ وهو ما نتكلم عنه بعد ذلك ومن ثم تكون له دلالة على رضاها بالنكاح والمقام مع الزوج برغم عنته، وإسقاطا لحقها فى طلب التفريق. وذلك يتفق مع ما قرره الفقهاء، وتكلمنا عنه وهو أن السكوت المجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

وبناء على ما سبق يكون معنى المسألة محل الدراسة ــ سكوت زوجة العنين لايكون رضا منها بعيب العنة، ولو أقامت معه سنين ــ أن سكوتها لا يسقط حقها فى طلب التفريق بهذا العيب فى أى وقت . إلا أنها إذا رفعت الأمر إلى القضاء وحدد لها مدة السنة، فإن تخيير القاضى لها بعد مضى السنة وعدم حصول الوطء أى ثبوت العنة ــ فإن سكوتها يفيد الرضا بالمقام وإسقاط حقها فى طلب التفريق ، سواء أكان بطريق الدلالة، أم لكونه سكوتا فى موضع الحاجة إلى البيان، وليس اعتمادا على مجرد السكوت.

وبعد ، فقد عرضنا فيما سبق لبعض الأمثلة[1] التى تعد نماذج أو تطبيقات عملية على الأصل فى دلالة السكوت ، وما قرره الفقهاء فى هذا الصدد من أن السكوت المجرد لا دلالة له على الإرادة مطلقا.

وإنما اخترنا بعض هذه الأمثلة ــ السكوت عند بيع الفضولى ــ وسكوت الثيب فى الزواج ــ وسكوت زوجة العنين ــ بوصفها من أهم ما يستدل به فى هذا المقام وهى ليست كل ما يمكن أن يذكر وإنما هى ــ كما أشرنا قبل ــ على سبيل التمثيل فقط، إذ يقاس على ذلك كل حالة يكون السكوت فيها مجردا عن قرينة ، أو نص ، أو غير ذلك مما يجعل السكوت فى موضع الحاجة إلى البيان الذى سنبينه بعد ذلك.

---

(١) بالإضافة إلى ذلك هناك بعض الأمثلة وردت فى كتب الأشباه والنظائر مثل: السكوت عن قطع عضو منه، أو إتلاف شئ من ماله مع القدرة على الدفع ليس رضا بذلك ولا يسقط الضمان بلا خلاف... ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ص١٥٤ ، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ص ١٥٨ أو ما انفرد به ابن نجيم من أن المرتهن لو رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يكون إذنا بإتلافه ، ولأن الإعارة لا يثبت بالسكوت. انظر ابن نجيم الموضع السابق.

وانظر كذلك: الزركشى ــ المنثور فى القواعد ــ مرجع سابق جـ٢ ص٢٠٨، الحموى ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٣٨، على حيدر ــ درر الحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٩، سليم رستم باز ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٤٧.

تعقيب ببيان موقف القانون الوضعى من الأصل فى دلالة السكوت:

تكلمنا فيما سبق عن الأصل فى دلالة السكوت فى الفقه الإسلامى، وعلمنا أن السكوت ــ بحسب الأصل ــ لا دلالة له على الإرادة ، وفقا للشق الأول من القاعدة الفقهية الشهيرة : " لاينسب إلى ساكت قول " وما ترتب عليه من عدم اعتبار السكوت ــ المجرد ــ وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

وبالنظر إلى القانون الوضعى فى هذا الصدد، نجد أن ما قرره الفقه الإسلامي من عدم عد السكوت المجرد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، هو ما أخذ به القانون الوضعى، وبخاصة القانون المدنى فى كثير من تشريعات الدول العربية[1].

وهذا أيضا مسلك الفقه والقضاء.

فالقاعدة فى فقه القانون المصرى أن السكوت فى ذاته مجردا عن أى ظرف ملابس له لايكون تعبيرا عن الإرادة استنادا إلى نفس القاعدة التى قررها الفقه الإسلامى[2].

---

(١) قد ورد النص على القاعدة الفقهية الخاصة بذلك وهى " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " فى بعض التقنيات العربية، مثل قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والقانون المدنى العراقى، والقانون المدنى الأردنى والتقنين المدنى السودانى ، فقد نصت المادة (١٣٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أنه " ١- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان، ويعتبر قبولا . ٢- ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه" ويتفق هذا النص مع نص المادة (٨١) مدنى عراقى مع إضافة... " وكذلك يكون سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط". كما يتفق مع المادة (٤٠) مدنى سودانى مع إضافة حالة ما إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف الجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب وكذلك المادة (٩٥) مدنى أردنى.

وقد اقتصرت بعض التقنيات على ذكر الاستثناء فقط، انظر فى ذلك: د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص١٧٦، د/ عبد المجيد الحكيم ــ الوسيط فى نظرية العقد ــ مرجع سابق ــ ص١٥٠، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ــ مرجع سابق ص١٠٨.

(٢) انظر فى ذلك على سبيل المثال: د/ عبد الرزاق السنهورى ــ النظرية العامة للالتزامات ــ نظرية العقد مرجع سابق ــ ص١٥٧ ، ولسيادته كذلك ــ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ــ نظرية الالتزام مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٢٢١ ، د/ عبد الهادى العطافى صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزى والتقنين المدنى السودانى ــ مرجع سابق ص٨٨، د/ عبد الفتاح عبد ==

وهذا المبدأ هو ما يأخذ به القضاء المصرى أيضا ، حيث تواترت الأحكام القضائية على تطبيق مبدأ : " لا ينسب إلى ساكت قول " [1].

==الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ــ ص١٠١، د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ، السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ــ ص٥٢، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ــ ص١٧٢، وما بعدها ، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٦٧.

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن " سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصا لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصا من جانبها، حتى لو تأخرت الحكومة فى الرد عن الميعاد القانونى".

كذلك قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها التجارية بأن " سكوت المشترى أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطا فى صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشترى مدة أسابيع عديدة، لا يعتبر رضاء من المشترى ، بل يجب أن يكون رضاؤه واضحا جليا بعد هذه المفاوضات".

مشار إليهما عند د/ عبد الرزاق السنهورى ــ نظرية العقد ــ مرجع سابق ص١٥٧-١٥٨.

وهو ما طبقته محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها، إذ عدت مجرد السكوت عن الرد خلال مدة محددة ليس موافقة ضمنية، وقبولا للبيع".

انظر : طعن رقم ١٦٤٩ س٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧م. انظر فى ذلك: مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠م - ١٩٨٥م ــ إعداد مستشار محمود البنــاوى ــ المجلد الثانى ــ طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٩م.

المبحث الثانـــى

الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت

تكلمنا فيما سبق عن الأصل فى دلالة السكوت، وعلمنا أن السكوت بحسب الأصل لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة فى مختلف مجالاتها. وهذا المبدأ عبر عنــه الفقهاء بقولهم : " لا ينسب إلى ساكت قول ". ، وعلمنا أن السكوت المراد فى هذا الشق من القاعدة الفقهية، هو السكوت المجرد عن نص ، أو عرف ، أو قرينة تعطى دلالـــة معينة ــ على الإرادة ــ لهذا السكوت.

غير أن الفقه الإسلامى لم يلتزم هذا المبدأ ــ عدم الاعتداد بالسكوت ــ التزامـــاً مطلقاً ، بل جنح إلى الخروج عليه معتداً بالسكوت استثناء من مجـــال التعبـير عــن الإرادة، إذا كان ــ السكوت ــ فى معرض الحاجة إلى البيان: لذلـــك، أردف الفقـــهاء قولهم: " لا ينسب إلى ساكت قول " بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان". فكانت القاعدة الفقهية بشقيها متضمنة المبدأ أو الأصل فى دلالة الســكوت، والاســتثناء عليه[1].

وفى هذا المبحث نحاول التعرف على الاستثناء فى دلالة الســكوت مــن خـــلال دراسة قول الفقهاء"... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" وذلك ببيان المعنى العام لهذا القول، والأثر الفقهى المترتب عليه، ثم بيان حالات السكوتِ المعبر عن الإرادة.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: المعنى العام لقول الفقهاء " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان"

المطلب الثانى: الأثر الفقهى المترتب على قول الفقهاء " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان".

المطلب الثالث: حالات السكوت المعبر عن الإرادة.

---

(١) ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن هذه ليست قاعدة واحدة. بل قاعدتان ضمـــت إحداهمـــا علـــى الأخرى، لأن كلاً منهما متمم للأخرى وليست الثانية توكيداً للأولى، بل هى تأســيس عليــها، والتوكيــد يختلف عن التأسيس فالأول يعد من باب التكرار، وفائدته الإيضاح ، والثانى إضافة إلى ما قبلــه وتتمــه لمعناه. ولكن عامة الفقهاء على أنها قاعدة واحدة ذات شقين، يمثل الأول منهما الأصل، فى حيــن يمثــل الثانى تقريراً للاستثناءات الواردة عليه ــ انظر: د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالــة والتوجيه ــ مرجع سابق ص١٤٤.

المطلب الأول

المعنى العام لقول الفقهاء : " ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان "

بعد أن صاغ الإمام الشافعى ــ رحمه الله ــ المبدأ العام فى دلالة السكوت على الإرادة فى عبارته الرشيقة الشهيرة : " لا ينسب إلى ساكت قول" أتبعه العلماء بقولهم : " ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" ليكون ذلك بمثابة الاستثناء على المبدأ المأخوذ من الفقرة الأولى، وليدل على أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فى مجال التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، ولتكتمل بذلك القاعدة الفقهية بشقيها الأصل والاستثناء عليه فى دلالة السكوت على الإرادة.

وقد بدأت الفقرة بكلمة " ولكن " ، ومن المعلوم عند علماء اللغة العربية أنها تفيد الاستدراك وهو: نفى ما يتوهم ثبوته ، أو إثبات ما يتوهم نفيه بسبب كلام سابق وبعبارة أخرى: رفع ما قد يظنه السامع من الكلام الذى قبلها[(١)].

ولما كانت الفقرة الأولى من القاعدة تنص على أنه: " لا ينسب إلى ساكت قول " فقد صدر الفقهاء الفقرة الثانية بـ " لكن " لإزالة ما توهم ثبوته من أن السكوت لا دلالة له على الإرادة مطلقاً، وإثبات أن السكوت قد تكون له دلالة على الإرادة فى حالات معينة.

وقد فسرت مجلة الأحكام العدلية قول العلماء: " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" بأن ذلك يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان وقد اكتفى بعض الباحثين المعاصرين بهذا التفسير[(٢)].

وهذا التفسير ــ من وجهة نظرى ــ يحتاج إلى تفسير ، وذلك من خلال بيان

---

(١) انظر فى ذلك: ابن عقيل ــ شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك ، الجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ــ طبعة سنة ١٩٧٧ ، ص٩٧، د/ عبد اللطيف خليف وآخرون ــ شرح الأزهرية الجديد ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٩٢ ص١٣٥، ص٢٦٣.

(٢) انظر: على حيدر ــ درر الحكام ــ شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٩، سليم رستم باز شرح المجلة ــ مرجع سابق ص٤٧، د/ صبحى محمصانى ــ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٥٤، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص٣٤ ، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٠٩ ، د/ محمد بكر إسماعيل ــ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه مرجع سابق ــ ص١٤٥.

مفردات هذه العبارة، ومن ثم المعنى العام المراد منها.

فالمراد بالسكوت فى العبارة السكوت من القادر على التكلم، وذلك فى معرض الحاجة إلى البيان.

والمراد بالحاجة عند الأصوليين ، هى ما يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين ــ على الجملة[1] ــ الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادة المتوقع فى المصالح العامة. أى ما يحتاج إليه لحفظ المصالح[2].

أما عند الفقهاء فهى : خوف الضرر[3]. أو : " بلوغ الإنسان حداً يضطره إلى مخالفة القواعد العامة للشرع، ويترتب على تركها حرج ومشقة "[4]. وهى أدنى حالاً من الضرورة.

فالحاجة أقل حدة من الضرورة، أى دونها، ذلك لأن الضرورة عند الأصوليين هى مالا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفى الآخرة فوت النجاة والنعيم والخسران المبين[5].

أما عند الفقهاء فالضرورة هى: خوف الهلاك على النفس أو المال[6]. فالحاجة إذاً

---

(١) أى ليس كل المكلفين يدخل عليه الحرج بفقد هذه الحاجيات الشيخ عبد الله دراز ــ فى شرحه لكتاب الموافقات للشاطبى ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣٢٦.

(٢) انظر: الشاطبى ــ الموافقات ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣٢٦، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٤، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٠، د/ جلال الدين عبد الرحمن ــ المصالح المرسلة ومكانتها فى التشريع ــ دار الكتاب الجامعى الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣م ص ٤٠.

(٣) انظر: د/ يوسف قاسم ــ نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الوضعى ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ ص٩٥.

(٤) انظر : د/ محمود عبد الله العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٥٧.

(٥) انظر: الشاطبى ــ الموافقات ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٣٢٤، وفى هذا المعنى : الغزالى المستصفى ــ مرجع سابق جـ١ ص٢٨٧، د/ جلال الدين عبد الرحمن ــ المصالح المرسلة ومكانتها فى التشريع ــ مرجع سابق ص٣٨. والمراد بالمصالح المرسلة هنا ــ مقاصد الشريعة وهى: حفظ الدين والنفس ، والعقل ، والنسل، والمال. راجع الغزالى المرجع السابق ذات الموضع المشار إليه.

(٦) عرف الفقهاء الضرورة بصدد الكلام عن إباحة أكل الميتة للمضطر ، وهذا التوفيق مستفاد من أقوال الفقهاء فى ذلك: انظر: الشوكانى ــ نيل الأوطار ــ مرجع سابق ــ جـ٨ ص١٥٢ باب الميتة للمضطر ابن حجر ــ فتح البارى ــ مرجع سابق ــ جـ٩ ص٨٠٧. باب أكل المضطر ، الدسوقى ــ حاشية==

أقل من الضرورة ، لأن مدار قيام حالة الضرورة او عدم قيامها هو خوف الهلاك من عدمه، إذ هي لا تقوم إلا إذا كان المرء في حالة من شأنها أن تؤدى به إلى الهلاك لو استمر على تلك الحالة.

أما الحاجة فهي حالة يجد الإنسان نفسه معها فى جهد ومشقة، وقد يتوقف رفع هذه المشقة على الإتيان بفعل معين. فكأن الحاجة راجعة إلى تيسير التعامل بين الناس والترخيص بأحكام تخفف المشقات، وترفع الحرج، وتبيح للناس مالا غنى لهم عنه(١).

وأما المراد بالبيان ، فهو فى اللغة بمعنى الفصاحة واللسن ، يقال فلان أبين من فلان أى افصح منه وأوضح كلاماً، والبيان أيضاً ما يتبين به الشئ من الدلالة وغيرها وقيل البيان بمعنى الإظهار، أى إظهار المتكلم المراد للسامع(٢)، وقيل أيضاً إن البيان هو الكلام والفهم(٣).

وفى اصطلاح الأصوليين، فقد وردت تعريفات كثيرة للبيان نقتصر منها على تعريفين لكفايتهما فى الدلالة على المطلوب.

== الدسوقى ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص١١٥، ابن قدامة ــ المغنى ــ مرجع سابق ــ جـ١٠ ص٥٣٠، ابن قدامة المقدسى ــ الشرح الكبير ــ مرجع سابق ــ جـ١٠ ص٥٠١ ، الحجاوى ــ الإقناع ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٣٠٨، د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ــ ص٣٨٨.

(١) انظر: الشاطبى ــ الموافقات ــ مرجع سابق ــ جـ٤ ص٤١١، د/ يوسف قاسم ــ نظرية الضرورة المرجع السابق ص٩٥، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٤، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٣٤ ، د/ محمود عبد الله العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٤٩، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٤٣٣.

(٢) الرازى ــ مختار الصحاح ــ مرجع سابق ص٧٢، الجرجانى ــ التعريفات ــ مرجع سابق ــ ص٦٧ وانظر أيضاً للمزيد من تعريفات البيان لغة ــ د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٩ ص٢٥.

جاء فى الحديث الشريف: " **إن من البيان لسحراً، أو إن بعض البيان لسحراً** " ابن هبيرة ــ الإفصاح عن معانى الصحاح ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٣٨ ، ابن الأثير الجزيرى ــ جامع الأصول فى أحاديث الرسول – مرجع سابق – جـ١١ ص٧٣٣،الطبرانى – المعجم الأوسط ــ مرجع سابق جـ١ ص٥٢٥.

ففى الحديث الشريف: دليل على فضل البيان ، وأنه يبلغ فى استجلاب القلوب ما يشبه السحر... وقد قيل إن فى الحديث ذم التصنع فى الكلام، والتكلف لتحسينه ليروق قوله، ويستميل به قلوبهم.. راجع د/بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص٢٥.

(٣) القرطبى : الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ مجلد ٩ ص١٤٠ فى تفسير قوله تعالى: " **الرحمن. علم القرآن. خلق الإنسان. علمه البيان** " سورة الرحمن (١،٢،٣،٤) ، وانظر أيضاً: ابن حجر فى ــ مقدمته لفتح البارى ــ مرجع سابق ــ ص١١٧.

التعريف الأول: البيان، هو الإيضاح ، والإظهار[1] وهو قريب من المعنى اللغوى للبيان، ومعناه، أن يوضح الآمر أو الناهى أو المخبر ، أو المجاوب عما يقصد إلى إيضاحه، ويزيل اللبس عنه. وسائر وجوه الاحتمال الذى يمنع تبيينه[2].

التعريف الثانى: " البيان هو الدليل ، أى الموصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بما هو دليل عليه ".

وهذا التعريف هو الذى ارتضاه كثير من الأصوليين[3].

يقول الأمدى فى ذلك: " أما البيان فاعلم أنه لما كان متعلقاً بالتعريف والإعلام بما ليس بمعروف ولا معلوم ، وكل ذلك مما يتوقف على الدليل والدليل مرشد إلى المطلوب، وهو العلم أو الظن الحاصل عن دليل، لم يخرج البيان عن التعريف والدليل والمطلوب الحاصل من الدليل.

ويدل على صحة تفسيره بذلك ــ البيان بالدليل ــ أن من ذكر دليلاً لغيره وأوضحه غاية الإيضاح يصح لغة وعرفاً أن يقال، تم بيانه وهو بيان حسن، إشارة إلى الدليل المذكور.. ويعم ذلك كل ما يقال له دليل ، كان مفيداً للقطع أو الظن، وسواء أكان عقلياً أم حسياً أم شرعياً أم عرفياً، أم قولاً، أم سكوتاً ، أم فعلاً ، أم ترك فعل إلى غير ذلك"[4].

وبناء على هذين التعريفين يكون معنى البيان هو التوضيح والإظهار، أو الدليل ويتم هذا البيان ــ بمعنى الإظهار أو الدليل ــ من خلال القول، أو الفعل أو الإشارة

---

(١) انظر الباجى - كتاب الحدود فى الأصول - مرجع سابق - ص٤١ ــ وهو تعريف فخر الإسلام البزدوى مشار إليه عند د/ بدران أبو العينين بدران -بيان النصوص التشريعية -مرجع سابق - ص٢٥.

(٢) الباجى ــ كتاب الحدود فى الأصول ــ المرجع السابق ص٤١.

(٣) هذا التعريف للقاضى أبو بكر، واختاره الغزالى ، والجوين ، والأمدى ، وأكثر الشافعية وأكثر المعتزلة كالجبائى وأبى هاشم وأبى الحسن البصرى وغيرهم. انظر فى ذلك:

الغزالى ــ المستصفى ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٦٥ ، المنخول من تعليقات الأصول ــ مرجع سابق ص٦٣، الأمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ٣ ص٢٢، الجوينى ــ البرهان ــ فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص١٢٤ ، أبو بكر بن العربى المعافرى ــ المحصول فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص٤٧.

(٤) انظر : الآمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق جـ٣ ص٢٢، ص٢٣، وفى ذات المعنى انظر كذلك: الغزالى ــ المستصفى ــ مرجع سابق جـ١ ص٣٦٥ ، ٣٦٦.

كذلك بالسكوت[1].

وبعد أن تعرفنا على معنى الحاجة ، ومعنى البيان، يكون المعنى العام لقول الفقهاء : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" . هو أن السكوت من القادر على التكلم فى كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان ــ وهى المواضع التى يخشى فيها من وقوع ضرر بأحد المقاصد العامة للشريعة الإسلامية وهى الدين، والنفس ، والعقل والمال، والنسل ، يرخص فى عده فى هذه الحالة دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها، وذلك على سبيل الاستثناء، محافظة على تلك المقاصد ، وصيانتها، إذ إن كل ما يتضمن حفظ هذه المقاصد فهو مصلحة وكل ما يفوت أحدها مفسدة ودفعه مصلحة[2]، وعلى ذلك فإذا كانت اعتبارات تحقيق المصلحة أو جلبها، أو دفع المفسدة تقضى بعد السكوت بياناً أى دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها، فلا بأس بذلك. على أن يكون هناك دلالة من نص أو عرف ، أو دلالة حال " أى قرينة" تؤيد تفسير السكوت على نحو معين، كأن يعد رضاً ، أو رفضاً ، أو إقراراً ، أو إجازة إلى غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة[3].

فكأن الحاجة تستلزم عد السكوت بياناً أى دليلاً على الإرادة، استثناءً على المبدأ العام فى دلالة السكوت، ولعل فى ذلك تفسيراً لما ورد بالمجلة من أن السكوت فى موضع الحاجة بيان، يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

وعد السكوت بيان فى موضع الحاجة هو مما يعرف عند علماء الأصول من

---

(١) انظر فى هذا المعنى ــ الغزالى ــ المستصفى ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٣٦٧ ، الأمدى ــ الإحكام فى أصول الأحكام ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٢٣، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص٣٢ وما بعدها ، د/ محمد حسنى عبد الحكيم ــ الإجمال والبيان واثرهما فى اختلاف الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٣٨ وما بعدها. ويلاحظ أن ذلك : إذا كان بصدد بيان النصوص الشرعية فى القرآن الكريم والسنة النبوية، فإنه ينطبق أيضاً على بيان المكلف وإظهاره لما فى مكنون نفسه من إرادة تجاه أمرها.

(٢) انظر فى هذا المعنى:الغزالى - المستصفى - مرجع سابق ــ جـ١ ص٢٨٦، ص٢٨٧، فى هذا المعنى أيضاً د/ يوسف حامد العالم ــ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١٣٤ وما بعدها.

(٣) انظر فى هذا المعنى : الشيخ أحمد الزرقا ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٢٧٣، د/ صبحى محمصانى ــ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٥٥ د/ ثروت فتحى اسماعيل ــ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ــ ص٩٣ د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٨٤٤ وما بعدها ، د/ على أحمد الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٤٥٥، د/ محمود عبد الله العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٩٠.

الحنفية " ببيان الضرورة "[1] أى البيان الذى يقع بسبب الضرورة، وهو الدلالة غير اللفظية ، وتسمى دلالة السكوت. وسمى بيان الضرورة من باب إضافة الحكم إلى سببه. وقد عرفه العلماء بأنه : "البيان الذى يقع بما لم يوضع له وهو السكوت"[2] ، إذ الأصل أن البيان ــ وهو كما علمنا ــ الدليل والإظهار يتم بالألفاظ ، لأنها موضوعة

---

(١) يقسم الحنفية البيان إلى خمسة أنواع:

(١)**بيان التقرير**: ويسميه الشوكانى بيان التوكيد: وهو النهى الجلى الذى لا يتطرق إليه تأويل، أو هو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز، واحتمال الخصوص. مثل قوله تعالى: " **فسجد الملائكة كلهم أجمعون**" سورة الحجر (٣٠).

(٢)**بيان التفسير**: وهو بيان ما فيه خفاء مشترك والمجمل ونحوهما مثل قوله تعالى: " **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**" سورة البقرة (١١٠).

(٣)**بيان التغيير**: وهو بيان تغيير اللفظ من المعنى الظاهر لغيره أى البيان الذى فيه تغيير موجب الكلام الأول مثل قوله تعالى " **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح**" سورة البقرة (٢٣٧).

(٤)**بيان التبديل**: "النسخ" وهو رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخراً ومتراخ عنه والفرق بين التبديل والتغيير أن التبديل أو النسخ هو رفع الشئ بعد وجوده بفترة زمنية فأصله بين المنسوخ والناسخ أما التغيير فليس فيه رفع لحكم الأول وإنما لا يكون بياناً متصلاً به وهذه الأنواع الأربعة هى بيان المنطوق والموافق. **أما النوع الخامس** وبيان الضرورة وهو البيان بغير المنطوق : أى البيان بسبب الضرورة. وتسمى دلالة السكوت .

راجع فى تفصيل ذلك: د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ص٩٢ وما بعدها ، محمد عبد الرحمن المحلاوى ــ تسهيل الوصول إلى علم الوصول . مرجع سابق ص١٢٠ وما بعدها، د/ وهبة الزحيلى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك: ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جـ١ ص١٠٢، الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ــ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ــ دار الكتاب العربى بيروت ــ لبنان ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ ــ جـ٣ ص١٤٧، وبيان الضرورة ينقسم إلى أربعة أوجه: **الأول**: ما هو فى حكم المنطوق ، **الثانى** : ما يثبت بدلالة حال المتكلم ، أو دلالة حال الساكت الذى وظيفته البيان مطلقاً أو فى تلك الحادثة بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان، **الثالث**: ما ثبت ضرورة دفع الضرر أو الغرر ، **الرابع**: ما ثبت ضرورة اختصار الكلام ــ انظر فى ذلك: ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ المرجع السابق جـ١ ص١٠٢ وما بعدها، عبد العزيز بن أحمد البخارى ــ كشف الأسرار عن أصول البزدوى ــ المرجع السابق جـ٣ ص١٤٧ وما بعدها ، محمد عبد الرحمن المحلاوى ــ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ــ مرجع سابق ــ ص١٢٧ وما بعدها ، د/ عثمان محمد عثمان ــ مناهج الأصوليين فى الدلالات وأثارها فى الأحكام الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص٦ وما بعدها د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص١٢٦ وما بعدها ، د/وهبة الزحيلى ــ أصول الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١٩٩ وما بعدها ، د/ على حسب الله ــ أصول التشريع الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٣٢٩، محمد الخضري ــ أصول الفقه ــ مرجع سابق ص١٣٨

وتجدر الإشارة إلى أن يعتبر من أنواع بيان الضرورة داخلاً معنا فى دلالة سكوت المخاطب أو المكلف هو الثلاثة الأخيرة منها وهى: يثبت بدلالة حال المتكلم ، وما ثبت لضرورة دفع الضرر أو الغرر، وما ثبت لضرورة اختصار الكلام.

له، ولكن فى بعض الأحيان قد تؤخذ المعانى ويستدل عليها، من غير اللفظ، فتؤخذ من السكوت عند قيام الدليل ، لأجل الضرورة ، ويراعى أن الدلالة هنا لم تحصل من مجرد السكوت بل منه مع ما انضم إليه[١]. إذ لو كان السكوت مجرداً لاندرج حكمه تحت المبدأ العام فى دلالة السكوت.

ولكن إذا كان البيان المستفاد من السكوت هنا هو مما يعرف عند علماء الأصول " ببيان الضرورة " فلماذا إذاً عبر عنه الفقهاء بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان". ولم يعبروا عنه بقولهم : ولكن السكوت فى معرض الضرورة بيان"؟

فى الواقع أن التعبير جاء على هذا النحو ــ .. فى معرض الحاجة ، وليس ... فى معرض الضرورة ــ فيما يبدو لى للاعتبارات الآتية:

أولاً: نظراً للصلة الوثيقة بين الضرورة والحاجة، فبرغم الخلاف بينهما إلا أن بينهما تقارباً من جهة أن الحاجة هى المرحلة السابقة على قيام الضرورة مباشرة بمعنى أن الحاجة هى الممهدة لقيام الضرورة، ذلك أن حالة الاحتياج قد تصل بصاحبها إلى درجة الاضطرار فيما لو استمرت حتى وصلت إلى مرحلة التهديد بالهلاك والتلف فباستمرار حالة الاحتياج ، وبالمبالغة فى الضرر الناشئ عنها يصبح المحتاج مضطراً إذ الاضطرار أقوى أنواع الحاجة وأبرزها، ولذلك نزلت الحاجة منزلة الضرورة فى كثير من الأحوال[٢].

---

(١) انظر: ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جـ١ ص١٠٦ ، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ص٢٢٣.

(٢) انظر فى ذلك: د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص٣٨٨، د/ يوسف قاسم ــ نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ــ مرجع سابق ص٩٦.

من المعلوم فى الفقه الإسلامى أن : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" وتلك قاعدة فقهية ذات صلة بقاعدة أساسية أخرى وهى قاعدة " الضرر يزال" بل عدها السيوطى من القواعد الكلية ومعنى قاعدة : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة" بإيجاز هو: أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس، أو خاصة بشخص ما، نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة فى جواز الترخيص بأجلها ومن فروع الحاجة العامة التى نزلت منزلة الضرورة ورخص فيها الإجارة، فقد جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة إليها، ذلك لأن عقد الإجارة على المنافع وهى معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده لا يجوز، فكان جوازها للحاجة، ومن ذلك أيضاً جواز السلم على خلاف القياس ، لكونه بيع المعدوم دفعاً لحاجة الناس.
==

كما أن بين ـ الحاجة والضرورة ـ تقارباً ، من جهة أن كلاً منهما يقوم على معنى الرخصة[1] ، فالرخصة معنى عام يصدق على حالات الضرورة وغيرها من الأعذار الأخرى التى تتمثل فى سماحة الشريعة حيث تتوخى فى هذه الظروف التوسعة على الناس، ورفع الحرج والضيق عنهم[2]. فلعل هذا التقارب فى المعنى بين الحاجة والضرورة هو الذى حدا بالفقهاء إلى التعبير بالحاجة من باب أن التعبير بإحداهما شامل للآخر.

ثانياً: أن حكم الحاجة مستمر، وحكم الضرورة مؤقت بمدة قيام الضرورة إذ الضرورة تقدر بقدرها، لذلك كان التعبير بالحاجة[3].

== ومن فروع الحاجة الخاصة: الأكل من الغنيمة فى دار الحرب فهو جائز للحاجة تشجيعاً للمقاتلين فى الحرب لأنه يرفع من روحهم المعنوية فى مواطن الجهاد. ولكن إذا وصل عمران دار الإسلام، وكان معه شئ من الغنيمة وجب رده.

انظر فى ذلك: السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩٧،٩٨، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩١، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٤٤، ٢٤٥ ، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٣٤ ومابعدها. د/ محمود عبد الله العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص١٥٧ وما بعدها.

(١) الرخصة فى اللغة هى: عبارة عن التيسير والتسهيل، وفى اصطلاح الأصوليين هى " الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر" أو ما شرع من الأحكام لعذر".

وهى تقابل العزيمة وهى : لغة : القصد المؤكد، وفى اصطلاح الأصوليين: هى: الحكم الثابت على وفق الدليل، أو على خلاف الدليل لعذر: أو " ما هو شروع ابتداء من غير أن يكون متصلاً بخارجى".

انظر فى ذلك: الأمدى ــ الإحكام ــ مرجع سابق جــ١ ص١٢٢، الإسنوى ــ نهاية السول فى شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوى مطبوع بهامش كتاب التقرير والتحبير ــ مرجع سابق جــ١ ص٥٣، السرخسى ــ أصول السرخسى ــ دار المعرفة ــ بيروت سنة ١٩٧٣م جــ١ ص١١٧، الغزالى ــ المستصفى ــ مرجع سابق ــ جــ١ ص٩٨ ، نظام الدين الأنصارى ــ فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش كتاب المستصفى ــ المرجع السابق ــ جــ١ ص١١٦، محمد أبو النور زهير ــ أصول الفقه ــ مرجع سابق ــ جــ١ ص٨٣ وما بعدها، د/ على جمعة ــ الحكم الشرعى عند الأصوليين ــ مرجع سابق ــ ص٧٥ وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك: د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ــ ص٣٨٨ وما بعدها. د/ يوسف قاسم ــ نظرية الضرورة مرجع سابق ص٩٤.

(٣) انظر د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٣٤.

ومن المعلوم أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، وتلك قاعدة فقهية متعلقة بقاعدة " الضرر يزال " ولذلك فإن المضطر لا يأكل من الميتة ــ بسبب الضرورة ــ إلا قدر سد الرمق.

انظر : ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨٦، السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٩٣.

ثالثاً: أنه لما كانت الضرورة أشد من الحاجة فإنه لو تم التعبير بالضرورة فربما يفهم من ذلك أن عد السكوت بياناً لا يرخص به إلا عند الضرورة أى الحالة الملجئة إلى مالا بد منه، ومن هنا كان التعبير بالحاجة، لأن التعبير بها يشمل الضرورة من باب الأولى، أى إنه إذا رخص بعد السكوت دليلاً على الإرادة عند الحاجة، فإن ذلك يكون عند الضرورة أولى.

ولذلك نرى أن تعبير الفقهاء عن الاستثناءات على دلالة السكوت بقولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " تعبير دقيق يدل تماماً على المراد.

وكذلك الأمر فيما يخص القاعدة بشقيها، حيث نجد تلك القاعدة قد صيغت بإتقان وإحكام، فهنالك تناسق بديع بين شقيها، إذ نرى الشق الأول منها، المتضمن للمبدأ العلم فى دلالة السكوت والذى يقول الفقهاء: فيه " لا ينسب إلى ساكت قول" فيه تلميح أو تنبيه إلى الاستثناءات التى يمكن أن ترد على هذا المبدأ. إذ يفهم من عجز هذا الشق وهو كلمة " قول " أنه إذا كان هناك سكوت عن القول، فإن ذلك لا يعنى عدم إمكانية وقوع البيان بغيره، ذلك لأن القول وإن كان اساس البيان، فإنه ليس كل وسائل البيان، فقد يقع البيان بغيره؛ لذلك ختم الفقهاء الشق الثانى بكلمة " بيان " وهو أعم من القول. وهذا يعنى أنه مع التزام السكوت فقد يقع البيان. فمن التزم الصمت لا يمكن أن ينسب إليه قول، ومع ذلك يمكن عد سكوته بياناً عند الحاجة بمقتضى الدليل. فالتعبير فى الشق الأول بكلمة " قول " يسمح بإمكانية ورود الاستثناءات . أما لو تصورنا أنهم عبروا بقولهم " لا ينسب إلى ساكت بيان "[1] لكان هذا التعبير مانعاً من ورود أى استثناء عليه كما أننا لو تصورنا أنهم عبروا عن الاستثناء بقولهم : " ولكن السكوت فى موضع الحاجة قول" لكان ذلك تناقضاً واضحاً، ولكن جاء التعبير عن المبدأ فى دلالة السكوت والاستثناء عليه بقولهم: " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" ، وهو تعبير غاية فى الدقة والإحكام.

---

(١) كان قد بدا لى فى مرحلة جمع المادة العلمية لهذا البحث أن هذه القاعدة تنقصها الدقة فى الصياغة، ولكن تأكد لى بعد البحث والدراسة لتلك القاعدة بشقيها، أنها صيغت بمنتهى الدقة والإحكام ، حيث كان يبدو لى أنه لو جاء التغيير فى الشق الأول بقوليم " لا ينسب إلى ساكت بيان " لكان أحسن، لكن زال هذا الوهم الخاطئ بدراسة القاعدة وتأكد لى أن تعبير الفقهاء عن دلالة السكوت المبدأ الاستثنائى بهذه القاعدة على هذا النحو كان غاية فى الدقة والإحكام.

المطلب الثانى

الأثر الفقهى المترتب على قول الفقهاء : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان "

الفرع الأول: مضمون هذا الأثر ودليله ومعياره.

الفرع الثانى: مدى دلالة السكوت على الرضا المكون للعقد.

الفرع الأول

مضمون الأثر ودليله ومعياره

يترتب على قول الفقهاء: " ... ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" أثر فقهى مهم هو عد السكوت بياناً، أى دليلاً على الإرادة وإظهاراً لها. أى إن السكوت يعد وسيلة استثنائية من وسائل التعبير عن الإرادة ، استثناء من الأصل فى ذلك، وهو عدم عد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، والمستفاد من الشق الأول من القاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول " ، الذى تكلمنا عنه سابقاً.

فهذا الشق من القاعدة يبين أن الفقه الإسلامى لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت فى مجال التعبير عن الإرادة التزاماً مطلقاً ل خرج عليه. ورخص فى عد السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، إلا أنها وسيلة استثنائية فى موضع الحاجة، أى إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى استنتاج الإرادة من السكوت، وكما كانت دلالة السكوت فى موضع الحاجة دلالة استثنائية على سبيل الرخصة، فإنه لابد لها من دليل من نص أو عرف أو دلالة حال " أى قرينة " على نحو ما سنبين لاحقاً.

ولا خلاف بين الفقهاء على ذلك، أى على ورود الاستثناءات على الأصل فى دلالة السكوت من حيث المبدأ، وإنما الخلاف فى نطاق هذه الاستثناءات أى فى مدى التوسع فيها، حيث يتسع نطاقها لدى المذاهب التى اعتدت بالتعاطى فى التعبير عن الإرادة، ويضيق لدى المذاهب الأخرى التى لم تعترف للتعاطى بدلالة على الإرادة[1].

---

(١) راجع ما سبق ــ المعاطاة ــ فى التمييز بين التعبير بالسكوت والتعبير بالمعاطاة ، انظر: د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٦٥، د/ ثروت فتحى اسماعيل ــ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٩٣، د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ السكوت والإذعان ــ مرجع سابق ص٨١، د/ على محى الدين القرة داغى ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص١١٦٥.

إذا هناك استثناءات على المبدأ أو الأصل فى دلالة السكوت، مؤداها. عد السكوت دليلاً على الإرادة إذا كانت هناك حاجة إلى ذلك. أى إن هناك سكوتاً معبراً عن الإرادة.

— وتستند هذه الاستثناءات — فى تقريرها من حيث الجملة[1] — إلى النصوص الشرعية فى القرآن الكريم والسنة النبوية الدالة على التيسير ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وما بناه الفقهاء على هذه النصوص من قواعد فقهية[2].

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: " **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**"[3]. وقوله تعالى : " **يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً**"[4]. وقوله تعالى : "**وما جعل عليكم فى الدين من حرج**"[5].

ومن السنة أحاديث كثيرة تدعو إلى التيسير منها، ما روى عن أبى موسى أنه قال: كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إذا بعث أحداً من أصحابه فى بعض أمره قال : " **بشروا ولا تنفروا . ويسروا ولا تعسروا** "[6].

فهذه النصوص تدل على التيسير ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين . وهذا من الأسس العامة للتشريع الإسلامى، ومظاهر ذلك كثيرة فى العبادات والمعاملات والعقوبات.

وعلى ذلك إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى استنتاج دلالة معينة فى السكوت بحيث لو لم تعتبر هذه الدلالة يوقع ضرر بنفس مال . أو ترتب على ذلك ضياع حق، فإنه يرخص هنا فى مخالفة المبدأ فى ضرورة التعبير عن الإرادة بالقول، أو

---

(١) أقصد : الدليل على تقرير هذه الاستثناءات جملة، أى فى مجموعها. أى دليلها من حيث المبدأ . لأن هناك أدلة على حالات السكوت المعبر عن الإرادة كل جملة منها على حدة. وسنبينها لاحقاً عند الكلام عن حالات السكوت ذو الدلالة على الإرادة.

(٢) يمكن الاستناد إلى القواعد الفقهية التى سنذكرها لاحقاً مباشرة — إلا أننى فضلت الاستناد إلى الأدلة عليها من القرآن الكريم والسنة النبوية.

(٣) سورة البقرة آية ١٨٥.

(٤) سورة النساء آية ٢٨.

(٥) سورة الحج آية ٧٨.

(٦) انظر: مسلم — صحيح مسلم — مرجع سابق جـ٣ ص١٣٥٨ . باب فى الأمر بالتيسير وترك التنفير وفى الباب أحاديث أخرى — تدل على التيسير ، كما جاء أيضا فى البخارى فى كتاب الأدب — باب قول النبى — صلى الله عليه وسلم — "**يسروا ولا تعسروا**" ، انظر ابن حجر — فتح البارى — مرجع سابق — جـ١٠ ص ٦٣٢.

انفعل وعد هذا السكوت دليلاً على الإرادة، وفقاً لهذه الحاجة، ورفعاً للحرج والمشقة[1]. وصيانة للحقوق، على أن يكون ذلك عند الحاجة فقط بشرط أن يكون هناك دليل من نص ، أو قرينة ، وسيتضح ذلك من خلال دراسة بعض حالات السكوت المعبر عن الإرادة. فإذا لم تكن هناك حاجة، فلا يرخص فى عد السكوت دليلاً على الإرادة، بل يبقى الحكم على الأصل فى ذلك وهو عدم عد السكوت دليلاً على الإرادة.

وقد بنى الفقهاء على النصوص السابقة بعض القواعد الفقهية التى تعد دليلاً على هذه الاستثناءات.

من هذه القواعد: " المشقة تجلب التيسير " ، وقد قال العلماء: إن هذه القاعدة يتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته، وهى تستند إلى نفس النصوص الشرعية ــ من القرآن الكريم والسنة النبوية ــ التى تدل على التيسير ورفع الحرج والمشقة والتى ذكرناها سابقاً[2].

ومنها أيضاً قاعدة ــ " الضرر يزال "[3] وما يتفرع عنها ويندرج تحتها من قواعد مثل : "الضرورات تبيح المحظورات" و " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها " و"الضرر لا يزال بالضرر" ، و" الحاجة تنزل منزلة الضرورة"[4].

---

(١) المراد بالمشقة هنا هى التى تخرج عن المعتاد أى الزائدة التى تضيق بها الصدور وتؤثر على المرء فى جسمه أو ماله، فتلك تفضل الله تعالى برفعها عن العباد تيسيراً وتسهيلاً عليهم، أما المشقة المعتادة التى يمكن تحملها فمثل هذه لا يقصد الشارع رفعها، حيث لا يخلو عنها عمل فى الحياة.

انظر فى ذلك على سبيل المثال: السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨٩، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر–مرجع سابق- ص٨٢، عبد الوهاب خلاف ــ علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى ــ دار القلم سنة ١٩٥٦م ص٣٢؛ د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٠، د/ أحمد محمد الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٢٧، ٢٢٨ ، د/ على الندوى ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص٣٠٧، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ــ ص١٣٣، د/ فاضل عبد الواحد عبد الرحمن ــ أصول الفقه ــ دار الميسرة للنشر والتوزيع ــ عمان ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ص٥٣.

(٢) انظر فى ذلك: ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٧٥، السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص٨٤.

(٣) وأصل هذه القاعدة قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ " لاضرر ولا ضرار" أخرجه مالك فى الموطأ ــ وينبنى عليها كثير من أبواب الفقه.

انظر: ابن نجيم الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨٥، السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص٩٢.

(٤) هذه القاعدة عدها السيوطى قاعدة كلية ليست مندرجة تحت القاعدة الكلية الكبرى " الضرر يزال" انظر السيوطى ــ المرجع السابق ص٩٧.

وهذه القواعد تفيد[1] ما أفادته النصوص الشرعية من جواز التيسير فى استخلاص دلالة على الإرادة من السكوت، وذلك عندما تكون هناك حاجة إلى ذلك نحـــو خـــوف ضياع حق، أو لحوق ضرر به ، كما فى حالة سكوت الشفيع عن المطالبة بحقـــه فـــى الشفعة مع علمه بذلك ، مع توافر إمكانية المطالبة بذلك حيث يفسر سكوته علـــى أنـــه رضا منه بالبيع، وإسقاط لحقه فى الشفعة وذلك رفعاً للضرر عن المشترى، وهكذا سائر الحالات التى يعد فيها السكوت دليلاً على الإرادة، والتى سنبين نماذج منها لاحقاً.

وواضح مما تقدم أن الحكمة[2] التى من أجلها تقررت هذه الاستثناءات تتمثل فـــى رفع الحرج والمشقة والضرر، وما يترتب على ذلك من حمايـــة الحقـــوق، وصيانتـــها وهى ذاتها الحكمة من عدم عد السكوت المجرد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

كما يتضح مما تقدم أيضاً، أن ضابط السكوت المعبر عن الإرادة أو معياره هـــو الحاجة، وهو ضابط صرح به الفقهاء[3] فى قولهم : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة

---

(١) راجع فى شرح هذه القواعد ــ ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٧٥ ومابعدها ، السيوطى ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص٨٤ وما بعدها. د/ الحصرى ــ القواعد الكلية للفقه الإســلامى ــ مرجع سابق ــ ص٢٢٢ وما بعدها ، د/ رمضان الشرنباصى ــ المدخل ــ مرجع سابق ــ ص٣٠٦ وما بعدها ، د/ محمود العكازى ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ص١٤٤ وما بعدها.

(٢) الحكمة هى الأمر ، المقصود للشارع من تشريع الحكم عند العلة من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، فمثــلاً السفر إذا شرع عنده قصر الصلاة. والقتل العمد العدوان إذا شرع عنه وجوب القصاص يسمى كل منهما علة ــ لأن قصر الصلاة عند السفر يترتب عليه دفع مفسدة هى المشقة فيكون السفر علة ويكــون دفــع المفسدة حكمة، والقتل العمد العدوان إذا شرع عنده وجوب القصاص يترتب عليه حفظ النفــوس فيكــون القتل علة، ويكون حفظ النفوس حكمه. فالفرق بين العلة والحكمـــة إذاً ، أن العلـــة منضبطـــة ومحـــددة وواضحة، ولهذا ربط الحكم بها وجوداً وعدماً، أما الحكمة فقد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أى لا يـــدرك بحاسة من الحواس الظاهرة فلا يمكن التحقق من وجودها أو عدم وجودها، كما قد تكون أمراً تقديرياً أى غير منضبط فلا يمكن ربط الأحكام بها، لاختلاف أحوال الناس.

راجع فى ذلك: د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ أصول الفقه الإســلامى ــ مرجـــع ســـابق ــ هامش ص٧٠، د/ جابر عبد الهادى سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق هامش ص٢١٤.

(٣) وليس كما ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أنه من الصعوبة بمكان تحديد المعيار المميز للســـكوت المعبر عن الإرادة، ومرد ذلك ــ من وجهة نظره ــ عدم وجود دراسات متخصصة فى هذا المضمـــار وإزاء ذلك ذهب إلى أن الفقه الإسلامى تبنى فى مسائل السكوت بعض المعايير، أحدهما خاص بالسكوت الموصوف، والآخر خاص بالسكوت الملابس، وهكذا. ونرى أنه لا داعى لكل ذلك إذ نص الفقهاء علـــى معيار وحيد يجمع كل ذلك وهو " الحاجة". فهى تجمع كل حالات السكوت المعبر عـــن الإرادة وإن مـــا ذهب إلى جعلها معايير فهى فى الحقيقة أدلة للترخيص باعتبار السكوت دليلاً على الإرادة. ففى ذلك خلط بين الضابط ، أو المعيار ، والدليل بالترخيص ــ راجع : د/ عبد القادر قحطـــان ــ المرجـــع الســـابق ص٨٤١ وما بعدها.

بيان"، فلأن الأصل في السكوت أنه لا دلالة له على الإرادة؛ لذا لا يرخص
دلالة منه إلا عند الحاجة ولما كان ذلك على سبيل الرخصة استثناء فلابد لذلك من دليل
كما سنرى بعد ذلك.

فكأن الحاجة هي الداعية إلى مخالفة المبدأ العام في دلالة السكوت، ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ إلا إذا وجدت[1].

وبناء على ما تقدم يمكن عد السكوت دليلاً على الرضا بأمر، أو رفضه ــ أو إذن، أو إجازة ، أو إقرار ، أو إسقاط إلى غير ذلك من صور الإرادة.

ولكن هل يمكن عد السكوت دليلاً على الرضا المنشئ للعقد؟

وبعبارة أخرى هل تسرى هذه الاستثناءات في مجال التعبير عن الرضا المكون للعقد؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الموضع الثاني من البحث.

---

(١) ذلك لأن من خصائص الرخصة أنه يقتصر فيها على موضع الحاجة.

انظر: د/ أحمد فراج ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٦٦، وانظر: في أثر الحاجة في الترخيص د/ محمد سلام مدكور ــ نظرية الإباحة ــ مرجع سابق ص٣٨٨ وما بعدها.

الفرع الثانى

مدى عد السكوت دليلاً على الرضا المكون للعقد

من المعلوم أن العقد يعتمد فى إنشائه وتكوينه على التراضى، فالرضا أهم أركان العقد، بل إن فقهاء الحنفية يجعلونه الركن الوحيد للعقد، حيث يذهبون إلى أن للعقد ركناً واحداً هو الصيغة ــ أى الإيجاب والقبول[1] الدالان على الرضا.

(١) مرادنا بالعقد هنا هو العقد بمعناه الخاص، ذلك أن للعقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية معنيين: أحدهما عام، والآخر خاص. أما العام فيشمل ما كان الالتزام فيه بتوافق إرادتين يعبر عنهما بالإيجاب والقبول كالبيع والإيجار كما يشمل ما كان الالتزام فيه صادراً عن الإرادة المنفردة كالإبراء واليمين والنذر. وأما المعنى الخاص ، فهو ما كان الالتزام فيه بتوافق إرادتين يعبر عنهما بالإيجاب والقبول، ومن ثم لا يشمل ما كان التزام فيه ناشئاً عن إرادة واحدة ، وهذا هو المعنى الشائع والمشهور للعقد، بحيث إذا أطلق لفظ العقد تبادر إلى الذهن هذا المعنى ولا يتبادر المعنى الآخر " العام " إلا بتنبيه يدل عليه. وقد عرف العقد بهذا المعنى الشائع " الخاص " بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه" محمد قدرى باشا ــ مرشد الحيران ــ م (٢٦٢) ص٦٦.

ولا خلاف فى الفقه الإسلامى على أن العقد لا يوجد فى الخارج إلا إذا وجد عاقد، وصيغة ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه، ولكن الخلاف فى جعل هذه الأمور الثلاثة أركاناً للعقد.

فيرى الحنفية أن أركان العقد هى الصيغة فقط ، أى الإيجاب والقبول. وأما ما عداها من المحل والعاقدين فهى لوازم.

أما غير الحنفية فيرون أن اركان العقد ثلاثة: الصيغة ، والمحل ، والعاقدان ومرد هذا الاختلاف هو اختلافهم فى تعريف الركن عند الفريقين حيث يرى الحنفية أن الركن هو جانب الشئ القوى الذى يتوقف عليه وجوده بكونه جزء ماهيته كتكبيرة الإحرام بالنسبة للصلاة. والصيغة بالنسبة للعقد، بينما يرى غير الحنفية أن الركن ما كان جزءاً للماهية ، أو توقف عليه تصور الماهية فى الذهن، أى سواء أكان جزءاً من ماهية الشئ أم مختصاً به، وإن لم يكن جزءاً منه وهذا الاختلاف لفظى قليل الفائدة، لإننا لو أخذنا برأى الحنفية الذين يحصرون أركان العقد فى الصيغة لأدى ذلك إلى نفس ما يراه الجمهور. لأن الصيغة تستلزم العاقدين ضرورة وجودهما مرتبط بهما لا يكون إلا إذ وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط. انظر فى ذلك/: الكاسانى ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق جـ٤ ص٢٥٦ ، كتاب الإجارة ــ جـ٥ ص١٩٩ ــ كتاب البيوع ، الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٣ ص٢، الدردير ــ الشرح الصغير ــ مرجع سابق جـ٣ ص١، د/ محمد مصطفى شلبى ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢١٣، على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص١٧٢، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٥١، ص٢٥٤، د/ محمد سلام مدكور ــ الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص١٦٠ د/ حسن الشاذلى ــ نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٧ وما بعدها. د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١٤٠ وما بعدها. د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٤٢ ، ص٣٥١، د/ جابر عبد الهادى سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص١٢.

هذا التراضى الذى هو أساس العقد أمر باطن خفى ، لذا لابد من التعبير عنه وإظهاره إلى العالم الخارجى ، والأسلوب الذى يلجأ إليه المتعاقدان لإظهاره هو الصيغة أى الإيجاب والقبول، ويتم ذلك بإحدى الوسائل المعتد بها شرعاً، والتى يأتى فى مقدمتها اللفظ ثم ما ينوب عنه فى ذلك على نحو ما بينا سابقاً(١).

ولكن هل يصلح السكوت وسيلة للتعبير عن الرضا بالعقد؟ أى للتعبير عن الإيجاب والقبول؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضى التفرقة بين الإيجاب والقبول فى هذا الصدد.

أولاً: السكوت ومدى صلاحيته للتعبير عن الإيجاب:

يجدر التنبيه أولاً إلى أن الإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولاً أى الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، سواء أوقع من المملك أم من المتملك. أما عند الجمهور فالإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك أى من المملك وإن جاء متأخراً والقبول عند الحنفية ما صدر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول. وعند الجمهور فهو ما صدر ممن له الملك، سواء أتقدم أم تأخر(٢).

---

(١) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت وبين ما يشتبه به.

(٢) راجع فى ذلك: ابن عابدين ــ رد المحتار على الدر المختار ــ مرجع سابق جـ٤ ص٥٠٦، ابن الهمام ــ فتح القدير ــ مرجع سابق جـ٥ ص٧٤، داماد أفندى ــ مجمع الأنهر ــ مرجع سابق جـ٢ ص٤، الدسوقى ــ حاشية الدسوقى ــ مرجع سابق جـ٣ ص٣، العدوى ــ حاشية على كفاية الطالب الربانى ــ مرجع سابق جـ٢ ص١١١، ابن حجر الهيثمى ــ فتح الجواد ــ مرجع سابق جـ٢ ص٣٧٣، الرملى ــ نهاية المحتاج ــ مرجع سابق جـ٣ ص٣٧٥، البهوتى ــ الروض المربع ــ مرجع سابق جـ٢ ص١٨٤ ، د/ وهبة الزحيلى ــ الفقه الإسلامى وأدلته ــ مرجع سابق جـ٤ ص٩٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص٢١٠ د/ عبد الحميد البعلى ــ ضوابط العقود ــ مرجع سابق ص٨٧ وما بعدها. د/ عبد الحليم القونى ــ حسن النية وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٣٤ ، د/ جابر عبد الهادى سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص٢٢٨، ص٤٢٦.

وما ذهب إليه الحنفية هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية إذ عرفت الإيجاب: بأنه " أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشترى" ، على حيدر-درر الحكام - مرجع سابق م(١٠١) ص٩٠، وهو ما أخذ به القانون الوضعى وأخذ به القضاء إذ عرفته محكمة النقض المصرية بأنه هو " العرض الذى يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد". طعن رقم (٨٦٣) س٥٢ق جلسة ٤/١٢/١٩٨٥م،انظر مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات(١٩٨٠-١٩٨٥)إعداد المستشار محمود نبيل البناوى ــ المجلد الثانى ــ طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٩ ص٨٦٠.

والراجح من ذلك ما ذهب إليه الحنفية بأن الإيجاب ما صدر أولاً من أى متعاقد. ولا وجه لهذا التخصيص الذى يقول به غير الحنفية. فكل من صدر منه اللفظ أولاً يكون موجباً، ويكون الآخر قابلاً؛ لأن كلمة " قبول " تشعر بأن شيئاً تقدمها، ويكون القبول واقفاً عليه ، وإلا ، فكيف يكون قبولاً ولم يتقدمه شئ[1] هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإنه بالتأمل فى العقود نجد أن كلاً من المتعاقدين يصدق عليه وصف " مملك " ، " ومتملك " فى الوقت ذاته ، ففى عقد البيع مثلاً، البائع تملك المبيع ويتملك الثمن، والمشترى يملك الثمن ويتملك المبيع وهكذا سائر عقود المعاوضات.

وبذلك لا يستقيم معيار الجمهور فى التمييز بين الإيجاب والقبول، لكونه غير مطرد فى جميع العقود.

ولذلك سنسير فى هذه الدراسة على رأى الحنفية فى تعريفهم للإيجاب والقبول لأنه أيسر عملاً؛ وأدق معياراً.

أما عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإيجاب، فإنه لا خلاف على أنه لا يمكن التعبير عن الإيجاب بالسكوت مطلقاً ، سواء أكان السكوت مجرداً، أم كان سكوتاً من السكوت الذى له دلالة على الإرادة، وسواء كان ذلك بالنسبة للعقد بمعناه الخاص أم بالنسبة للتصرفات التى تنشأ بالإرادة المنفردة.

ويرجع السبب فى عدم عد السكوت دليلاً على الإيجاب إلى أن الإيجاب فى حقيقته عرض موجه من شخص إلى آخر ولا يتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت، هذا فضلاً عن أن التعبير عن الإيجاب يجب أن يتضمن المسائل الجوهرية فى العقد المراد إبرامه[2]، كقول البائع فى عقد البيع مثلاً: بعتك هذا الكتاب بكذا، أو بعتك سيارتى ــ ويصفها له ــ بكذا.

---

(١) انظر: د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١٦٥، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص١٣٨، ص٣٥١، د/ جابر عبد الهادى سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص٢٢٩.

(٢) راجع فى ذلك: د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ــ مرجع سابق جـ١ ص٨٢، د/ عبد المنعم البدراوى ــ النظرية العامة للالتزامات ــ مرجع سابق جـ١ ص١٧٥، د/ عبد الرازق حسن فرج ــ دور السكوت فى التصرفات القانونية ــ مرجع سابق ــ ص٣٦، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ص١٦٨، د/ عبد الفتاح عبد الباقى ــ نظرية العقد والإرادة المنفردة ــ مرجع سابق ص١٠٠، د/ على محى الدين القرة داغى ــ مبدأ الرضا فى ==

فهذا التحديد[1] لا يمكن أن يعبر عنه بالسكوت.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى عدم الخلط بين التعبير عن الإيجاب بطريق الدلالة الفعلية والسكوت، فإنه إذا كان يجوز للتعبير عن الإيجاب من خلال فعل معين[2] كما سبق أن ذكرنا، فإنه لا يجوز مطلقاً أن يتم التعبير عنه بالسكوت.

كما يجب ملاحظة أن تطبيق مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت وسيلة للتعبير عن الإيجاب يتم باطراد، بمعنى أنه لا ترد عليه استثناءات ، فالاستثناءات التى ترد على مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت لا تتعلق بالإيجاب.

ولذلك، فإننا لا نجد فى كتب الفقه الإسلامى ــ بخاصة كتب الأشباه والنظائر فيما يتعلق بشرح هذه القاعدة بشقيها ــ الأصل والاستثناء عليه ــ مسألة واحدة أو فرعاً فقهياً يتعلق بدلالة السكوت على الإيجاب.

غير أن أحد أساتذتنا الأجلاء[3] قد ذهب إلى تصور حدوث ذلك ــ أى أن يكون السكوت دليلاً على الإيجاب ــ وذلك بناء على رأى جمهور الفقهاء فى تعريفهم للإيجاب والقبول[4].

==العقود ــ مرجع سابق ص١١٧٠ ، د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات ــ مرجع سابق ص٣٨٣، د/ عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مرجع سابق ص١٧٢ ، د/ مصطفى الجمال ــ القانون المدنى فى ثوبه الإسلامي ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص٦٧.

(١) هذا التحديد للمسائل الجوهرية للعقد عن طريق الإيجاب تكمن أهميته فى أنه يعتبر الإرادة الأولى فى التعاقد وأنه متى اقترن به القبول بشروطه ــ من تطابق مع الإيجاب واتصال به ــ انعقد العقد ومن ثم كان ضرورياً أن يكون الإيجاب واضحاً متضمناً جميع المسائل الجوهرية للعقد.

راجع فى شروط الإيجاب والقبول د/ محمد مصطفى شلبى ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٣٣، على الخفيف ــ أحكام المعاملات الشرعية ــ مرجع سابق ص١٧٣، د/ محمد يوسف موسى ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٢٥٧ ، د/ أحمد فراج حسين ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص١٦٠ ، د/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ــ مرجع سابق ص٣٦٧.

(٢) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت والتعبير بطريق الدلالة.

(٣) أستاذنا الدكتور/ رمضان على السيد الشرنباصى ــ السكوت ودلالته على الأحكام ــ مرجع سابق ــ ص١٦٨،وراجع فى هذا د/عبد القادر محمد قحطان-السكوت المعبر عن الإرادة-مرجع سابق ص٣٥٢.

(٤) سبق أن بينا ذلك وعلمنا أن الإيجاب عند الجمهور هو ما صدر من المملك وإن كان متأخراً، والقبول ما صدر من المتملك وإن جاء متقدماً، وذكرنا أن الراجح هو مذهب الحنفية، وهو ما نسير عليه فى هذا البحث . راجع ما سبق.

فبعد أن ذكر سيادته أن الإيجاب لا يصلح أن يعبر عنه بالسكوت ، لأن الإيجاب عرض، وهو شئ مادى لابد أن يظهر بعمل مادى من لفظ أو كتابة، أو فعل ــ وهو رأى عامة الفقهاء ــ ذكر أن هذا التحديد إنما يجرى على مذهب الحنفية الذين حددوا الإيجاب بما يصدر أولاً من أحد العاقدين .. سواء كان بائعاً أم مشترياً... والقبول ما يصدر ثانياً متضمناً الموافقة بما صدر أولاً... فبناء على هذا الاصطلاح لا يتصور أن يكون الإيجاب بالسكوت... أما اصطلاح غير الحنفية فإن هذا التحديد لا يتفق معه لأنهم عرفوا الإيجاب بما يصدر من المملك وإن تأخر،... وعلى هذا فإنه يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت ويمكن أن يصور هذا بما لو قال الوديع لصاحب المال: أودعنى سيارتك مثلاً، فسكت هذا الأخير فالمتصور أن يتم الإيداع بذلك[1]. أى إن الإيجاب الصادر من المملك هنا تم بطريق السكوت.

والواقع أن هذا التصور يمكن أن نلاحظ عليه ما يلى:

١- إن المثال المذكور ــ والمستدل به على إمكان وقوع الإيجاب بالسكوت ــ مستفاد من مجلة الأحكام العدلية، ومعلوم أنها تمثل الفقه الحنفى، الذى يعد الإيجاب ما صدر أولاً.. وبناء على ذلك يكون السكوت فى هذا المثال تعبيراً عن القبول لا عن الإيجاب[2].

يؤيد ذلك ما جاء فى درر الحكام شرح مجلة الأحكام : " إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائلاً إن هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة "[3].

ومثل ذلك أيضاً ما جاء فى حاشية الحموى : " إن المودع يصير مودعاً بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر "[4].

وواضح من ذلك أن السكوت هنا إنما هو تعبير عن القبول لا عن الإيجاب[5] وقد وقع الإيجاب بالدلالة الفعلية.

---

(١) د/رمضان على السيد الشرنباصى–السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية–المرجع السابق – ص١٦٩.

(٢) انظر: د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٣٥٣.

(٣) انظر: على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ مرجع سابق جــ١ ص٦٠.

(٤) انظر: الحموى ــ غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جــ١ ص٤٤٦.

(٥) سنتعرض لمسألة قبول الوديعة بالسكوت فى موضع لاحق ــ ولنا فيها كلام.

٢- أن صياغة المثال المستدل به بأنه : لو قال الوديع لصاحب المال أودعني سيارتك مثلاً فسكت هذا الأخير.

هذا الكلام يقتضى أن صاحب المال ترك السيارة له تركها له أو وضعها عنده، وفى هذه الحالة يكون الإيجاب وقع بدلالة الفعل ــ وهو وضع السيارة عنده ــ لا بطريق السكوت.

يؤيد ذلك ما ذكره السيد البكرى فى إعانة الطالبين: "... حتى لو قال الوديع اودعنيها فدفعها له ساكتاً صح "[1] وواضح أن هذا النص هو المثال نفسه المستدل به وفيه تصريح بأن صاحب المال دفعه إلى المودع فيكون الإيجاب قد وقع بدلالة الفعل لا بالسكوت.

٣-أن القائلين بجواز تقدم القبول على الإيجاب لم ينقل عنهم ما يدل على عد السكوت إيجاباً.

فقد جاء فى روضة الطالبين للنووى ــ الشافعى ــ : " ... فلا بد من صيغة من المودع ــ وهو الموجب فى نظرهم ــ دالة على الاستحفاظ كقوله استودعتك هذا المال، أو أودعتك ، أو استحفظتك.. أو ما فى معناها ". وفيه أيضاً : " ولو قال: أريد أن أودعك ثم جاء بالمال.. فإن قال هذه وديعتى عندك ووضعه بين يديه، فإن أخذه المودع عنده تمت الوديعة "[2].

وهكذا، نرى أن الشافعية يشترطون أن يكون الإيجاب بالصيغة أى بالقول الصريح، أو الكناية كقوله " خذه " مع النية[3].

إلا أن المالكية يجيزون أن تتم الوديعة من غير إيجاب ولا قبول بالقول وإنما بطريق الدلالة الفعلية كالمعاطاة فى البيع[4] وتتمثل الدلالة هنا فى وضع المال بين يدى المودع ومعلوم أن التعبير بطريق الدلالة الفعلية يختلف عن التعبير بالسكوت.

---

(١)انظر:السيد البكرى-إعانة الطالبين-مطبعة مصطفى البابى الحلبى الطبعة الثانية.سنة١٣٥٦جـ٣ص٢٤٤.

(٢) انظر : النووى ــ روضة الطالبين ــ مرجع سابق ــ جـ٥ ص٢٨٦. ومثل ذلك فى إعانة الطالبين حيث جاء فيه " والإيجاب إما صريح كأودعتك هذا أو استحفظتك ، أو كناية مع النية". انظر ــ السيد البكرى ــ إعانة الطالبين ــ مرجع سابق ــ جـ٣ ص٢٤٤.

(٣) السيد البكرى ــ إعانة الطالبين ــ المرجع السابق ــ جـ٣ ص٢٤٤.

(٤) انظر: الدسوقى ــ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ــ مرجع سابق جـ٣ ص٤١٩، حيث ذكر أنه " لا يشترط فيه إيجاب وقبول ، وهو كذلك فمن وضع مالاً عند شخص ولم يقل له أحفظه أو نحوه ففرط فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه.

وهذا الخلاف بين الشافعية والمالكية راجع إلى اختلافهم فى دلالة المعاطاة، وقد بيناه سابقاً.

وعلى ذلك: فإنه إذا كان من الممكن تصور وقوع الإيجاب بالسكوت عقلاً ـ بناء على رأى الجمهور فى جواز تقدم القبول على الإيجاب[1] ـ فإنه لا يمكن التسليم به عملاً وواقعاً.

ولذلك لم نجد من أقوال الفقهاء ـ حتى القائلون بجواز تقدم القبول ـ ما يدل على جوازه.

وبالتالى فإن الإيجاب لا يمكن التعبير عنه بالسكوت مطلقاً ـ كما سبق أن ذكرنا.

---

(١) هذا التصور كان قد خطر لى فعلاً فى مرحلة تجميع المادة العلمية الخاصة بهذه المسألة، ولكن بعد البحث والدراسة تبين لى أنه مجرد تصور لا يمكن تطبيقه عملاً. حيث لم يرد فى كتب الفقه الإسلامى ما يشيد بوقوعه فعلاً. فعدلت عن تلك الفكرة فى مرحلة الصياغة النهائية سالكاً مسلك الفقه الغالب فى هذا الصدد، والذى لا يعتد بالسكوت دليلاً على الإيجاب مطلقاً.

ثانيا : السكوت ومدى دلالته على القبول :

انتهينا فيما سبق إلى أن القبول ـ وفقاً للرأى الراجح ـ هو ما صدر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين ـ مملكاً أو متملكاً ـ دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.

وعلمنا أيضاً انه لا خلاف بين الفقهاء على أن السكوت المجرد ـ أى ذلك الموقف السلبي التام ـ لا يصلح أن يكون وسيلة للتعبير عن القبول كما لا يصلح للتعبير عن غيره من أوجه الإرادة[1].

فالكلام هنا إذاً عن السكوت المعبر عن الإرادة على سبيل الاستثناء، وعن مدى تطبيق تلك الاستثناءات بالنسبة للقبول، ومن ثم مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول.

وفى هذا الصدد، نجد أن معظم من تناول مسألة السكوت ودلالته على الإرادة من الفقهاء المعاصرين فى مجال الدراسات المقارنة يرون جواز التعبير عن القبول بالسكوت وذلك تأثراً بموقف القانون الوضعي[2].

وفى الواقع، إن هذا المسلك ـ للفقه المعاصر ـ من وجهة نظري غير دقيق وغير مسلم به على إطلاقه.

ذلك لأنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين العقد بمعناه العام، والعقد بمعناه

---

(١) راجع ما سبق فى الأصل فى دلالة السكوت على الإرادة.

(٢) انظر فى ذلك على سبيل المثال : د/ صبحى محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ـ مرجع سابق جـ ٢ ص ٥٦ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم ـ الوسيط فى نظرية العقد ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص ١٥٠، د/ عبد الهادي العطافي ـ صورة من طرق التعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص ٩٣ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـ مرجع سابق جـ ١٨ ص١١٦ وما بعدها، د/ محسن البيه ـ مشكلتان متعلقتان بالقبول ـ السكوت والإذعان ـ مرجع سابق ص ٨١، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص ٤١، د/ عبد الحميد البعلي ـ ضوابط العقود ـ مرجع سابق ص١١٣، د/على محي الدين القرة داغي ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ص١١٦٦ وما بعدها، د/ ثروت فتحي إسماعيل ـ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ـ مرجع سابق ص٩٣ وما بعدها، د/عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ص١٧٤ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال ـ القانون المدني فى ثوبه الإسلامي ـ مصادر الالتزام ـ مرجع سابق ص٦٧ وما بعدها، ولسيادته أيضاً ـ السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ـ مرجع سابق ص ٦٣ وما بعدها، وهكذا سائر كتب مصادر الالتزام فى القانون الوضعي.

الخـــــاص[1].

فالعقد بمعناه العام والذي يمكن أن ينشأ بإرادة واحدة، مثل الوقف والوصية وكذلك سائر التصرفات التى تنشأ بإرادة واحدة كالإجازة، والإذن والإسقاط ، والإبراء فـــهذه لا تحتاج إلى إيرادتين متطابقين ــ إيجاب وقبول ــ ومن ثم يصدق عليها ذلك، بمعنى انه يمكن اعتبار السكوت دليل على قبولها استثناء.

وأما العقد بمعناه الخاص، والذى يلزم لانعقاده وجود الصيغة ــ الإيجاب والقبــول ــ فيذا، وإن كانت صياغة الشق الثاني من القاعدة تسمح بإمكانية اعتبار السكوت قبولاً به، حيث عبر الفقهاء بقولهم : ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان . وكلمة "بيـــان" عامة ، تشمل الرضا بجميع صوره ، كما تشمل غيره من صور التعبير عن الإرادة، إلا أنه من الناحية العملية الواقعية، لا يمكن التسليم بأن السكوت يدل على القبول الذى يعــد أحد شطري الصيغة المنشئة للعقد، وذلك لما يلي :

أولا : من المعلوم أن التعبير عن الإرادة يتم باللفظ وما يقوم مقامه من كتابـــة أو إشارة، أو بالمعاطاة ، أو بطريق الدلالة الفعلية . كما بينا سابق[2]، والفرض انه لا يوجد شئ من ذلك.

وبالنسبة لانعقاد العقد، لم يقل أحد من الفقهاء القدامى بانعقاده بإيجاب لفظى مـــن أحد العاقدين وسكوت من المتعاقد الآخر ففى عقد البيع مثلاً لو فاجأ شخص آخر بـــدون مقدمات أو مفاوضات فقال له : بعتك منزلي بكذا فسكت الآخر ، فإن ســـكوته لا يعــد قبولاً. لم يخالف فى ذلك أحد[3].

بل إننا رأينا أن الفقهاء فيما يتعلق بانعقاد الزواج متفقون على عدم جواز انعقـــاده بطريق المعاطاة[4]، برغم أن المعاطاة تنطوى على أفعال إيجابية من المتعاقدين، فمـــا بالنا بالسكوت الخالي من أى فعل .

وكذلك بالنسبة لعقد البيع رأينا اختلاف الفقهاء حول انعقاده بطريق المعاطاة برغم

(١) سبق أن ذكرنا ذلك فى بداية الكلام عن هذا الفرع.

(٢) راجع ما سبق فى التمييز بين السكوت وبين ما يشتبه به .

(٣) انظر : د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ مرجع سابق ص ٣٥٥.

(٤) راجع ما سبق ــ فى المعاطاة ــ حيث عرضنا أن الفقهاء متفقون على عـــدم جـــواز انعقـــاد الـــزواج بالمعاطاة.

اشتمالها على أفعال إيجابية أى بذل من المتعاقدين أو من أحدهما.

ولكن يلزم لانعقاد العقد أن يظهر من وجه إليه الإيجاب موافقته أو رفضه للإيجاب الذى وجه إليه بوسيلة من الوسائل المعتبرة شرعاً، كأن يقول قبلت أو رفضت أو أن يكتب انه قبل أو يشير بالموافقة، أو يقوم بدفع الثمن أو العوض عموماً، أو يستعمل الشئ المبيع أو المستأجر وهكذا أما أن يظل ساكتاً فلا يمكن اعتبار سكوته هذا قبولاً.

سواء كان ذلك بصدد تعاقد بين حاضرين، أو بين غائبين حيث يتعين على من وجه إليه الإيجاب ــ إن أراد القبول ــ أن يقبل أو يرفض بقول أو بفعل أما سكوته فلا يدل على القبول[1].

كل ما ورد عن الفقهاء فى هذا الصدد، ما جاء فى المذهب الحنفي بخصوص بيع التلجئة [2]. فقد قال العلامة ابن نجيم : السكوت عقيب قول رجل واضع غيره على أن يظهرا بيع تلجئة ثم قال : بدا لى جعله بيعاً نافذاً بمسمع من الآخر ثم عقدا كان نافذاً[3] تلك هى المسألة الوحيدة التى وردت باعتبار السكوت قبولاً عند الحنفية، ولم يقل بها غيرهم من الفقهاء، وهى مسألة خاصة بصورة خاصة من البيع، ولا يمكن القياس عليها، وتعميم حكمها على ما عداها إذ أن السكوت فى هذه الصورة مدلول عليه من خلال عقد سابق، فحصول التعاقد بينهما على وجه التلجئة قد جعلهما على بينة من المسائل الجوهرية فى التعاقد، فإذا ما طرأ على أحدهما إرادة إمضاء هذا العقد وأظهر إرادته هذه ــ الإيجاب ــ لصاحبه الآخر، فإن على هذا الأخير ــ إذا لم يرغب بالقبول ــ أن يفصح عن رفضه لهذا الإيجاب، فإذا سكت حياله اعتبر قابلاً له، وبذلك ينعقد البيع، ويصبح نافذا بين هذين المتعاقدين[4]، فكأن العقد السابق بين المتعاقدين هو الذى

---

(١) راجع فى هذا المعنى : د/ جابر عبد الهادي سالم ــ مجلس العقد ــ مرجع سابق ص٢٣٨ وما بعدها.

(٢) بيع التلجئه معناه : " أن يتواطأ البائع والمشتري على أن يظهر البيع عند الناس ، ولا يكون قصدهما البيع حقيقة، بسبب فوق من سلطان أو غيره أن يأخذ هذا الشئ المبيع " .

راجع : د/ عبد القادر محمد قحطان ــ السكوت المعبر عن الإرادة ــ المرجع السابق ص ٣٥٦.

(٣) انظر : ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ ٣ ص١٢٢، الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٥؛ الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ١ ص ٤٤٠.

(٤) انظر فى هذا المعنى : د/ وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الإرادة ــ مرجع سابق ص٢٦٧ د/عبد القادر محمد قحطان- السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات- مرجع سابق ــ ص٣٥٥.

رجح دلالة السكوت على القبول، ولذا ، لم يقل أحد من الفقهاء بعد السكوت قبول لعقد البيع لا من الحنفية، ولا من غيرهم من غير تلك الصورة، ومن ثم ، فلا يعد السكوت قبولاً لعقد من العقود التى يلزم لنشأتها ضرورة توافر الإيجاب والقبول.

ثانيا: أنه بالنظر إلى المسائل التى خرجها الفقهاء القدامى على هذا الشق من القاعدة : " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " والتى بنى عليها هؤلاء مسلكهم فى الاعتداد بالسكوت دليل على القبول ـ ومناقشتها يتبين أنها لا تحقق ما يدعون.

من هذه المسائل ـ سكوت الوكيل قبول، وسكوت البكر رضا بالزواج ـ سكوت الموقوف عليه قبول للوقف ـ سكوت المستأجر أو المؤجر قبول ـ سكوت المودع عنده أو المستودع قبول . ونقوم فيما يلي بمناقشة هذه المسائل كل منها على حدة.

أما عن الوكالة والتى ورد النص بشأنها على أن : " سكوت الوكيل قبول ويرتد برده " [١]، فيمكن مناقشة تخريج الفقهاء المعاصرين عليها بأن ذلك محمول على أن الوكيل قد بدأ فى مباشرة أعمال الوكالة بالفعل، وبناء على ذلك ، لا يكون قبول الوكيل للوكالة قد تم بالسكوت، وإنما دل عليه ـ القبول ـ الفعل وهو مباشرته لأعمال الوكالة، يؤيد ذلك ما جاء فى معين الحكام للطرابلسي بأنه : " لو وكله بشئ فسكت الوكيل وباشره صح ويرتد برده " [٢]. وكذلك ما ورد فى هذا الشأن بشرح مجلة الأحكام من أنه : " إذا وكل شخص آخر بشئ، والوكيل سكت، وبعد سكوته باشر إجراء الأمر الموكل به فلا يكون عمله فضولاً " [٣]. ففى ذلك دليل على أن الدليل على قبول الوكالة من الوكيل ليس السكوت وإنما الفعل. وبذلك يكون فى فهم الفقه المعاصر لذلك بأن القبول تم بالسكوت خلط بين التعبير بالسكوت والتعبير بالدلالة الفعلية، برغم ما بينهما من اختلاف بيناه سابقا[٤].

---

(١) ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ ص ١٥٤، الحموي ـ غمز عيون البصائر ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص ٤٤٠.

(٢) الطرابلسي ـ معين الحكام ـ فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م ـ ص ١٦٠.

(٣) انظر : د/ على حيدر ـ درر الحكام ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص٦٠، د/ سليم رستم ـ شرح المجلة ـ مرجع سابق ـ ص ٤٧.

(٤) راجع ما سبق فى التمييز بين التعبير بالسكوت والتعبير بالدلالة الفعلية، ويمكن أن يناقش تخريج الفقه المعاصر على مسألة الوكالة من وجه آخر وهو أنه : حتى على فرض التسليم باعتبار سكوت الوكيل قبول للوكالة فإنه لا يمكن الاعتماد عليه فى جعل السكوت قبول فى غير ذلك من العقود لأن الوكالة ==

وأما ما ورد بأن سكوت البكر رضاً بزواجها[١] فيقصد به أن سكوتها إذن منها لوليها بمباشرة عقد زواجها، وليس المقصود أن سكوتها دليل على القبول بمعناه المعروف فى العقد والذى يمثل أحد شطري الصيغة التى يتكون بها العقد. ذلك أن المباشر للعقد هو وليها بعد إذنها له بذلك، ومن ثم فإن القبول الذى يتكون به عقد الزواج هو ما يصدر من الولى، وعلى ذلك فلا يفهم سكوت البكر على انه موافقة أو قبول للإيجاب، وإنما هو إذن لوليها بمباشرة العقد. يدل على ذلك صياغة السيوطي لهذه المسألة بأن " .. البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد .. " [٢]. فصياغة المسألة على هذا النحو تؤيد ما ذكرناه بأن سكوتها إذن لوليها.

وأما ما ورد باعتبار سكوت الموقوف عليه قبول للوقف، سكوت المتصدق عليه قبول[٣]. فإن ذلك لا يثبت أن السكوت يعد دليلاً على القبول المكون للعقد، لأنه من المعلوم أن الوقف ــ وفقاً للرأى الراجح ــ من قبيل التصرف بالإرادة المنفردة الذى لا يتوقف على قبول من أحد، وليس من قبيل العقد بمعناه الخاص والذى يلزم لتكوينه وجود الإيجاب والقبول. أى أن القبول من الموقوف عليه ليس ركناً للوقف.

وعلى ذلك، فإن قبول الواقف ليس المقصود به القبول الذى ينعقد به الوقف وإنما هو بمثابة إقرار للوقف ونفاذه واستحقاقه[٤]، وهكذا سائر التصرفات التى تنعقد بالإرادة المنفردة التى تنشأ بالإيجاب فقط، فلا يستدل بها على اعتبار السكوت دليل على القبول

==من العقود الجائزة ، أى غير اللازمة فى حق طرفيها، وبخاصة إذا كانت بغير أجر، إذ يجوز للموكل والوكيل أن يردا هذا العقد إذا رأى أن مصلحته فى رده، فنظراً لذلك يمكن التسامح فى اعتبار سكوت الوكيل قبولاً لها. انظر فى هذا المعني : الحجاوي ــ الإقناع ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٤٢٣، د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٣٦٣، د/ أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص ٣٠١.

(١) سنتكلم عن مسألة سكوت البكر بشئ من التفصيل فى موضع لاحق من البحث.

(٢) انظر : السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ١٥٨.

(٣) انظر : ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١٢٢، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر مرجع سابق ــ ص ١٥٤، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٤٤٠، سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص ٤٨.

(٤) هناك خلاف فى الفقه الإسلامي فى مسألة لزوم الوقف، حيث يرى بعض الفقهاء أن الوقف يلزم بمجرد صدور الإيجاب صحيحاً من الواقف دون توقف على أمر آخر من قبض الموقوف أو غيره. فى حين يرى البعض الآخر إن الإيجاب لا يكفي وحده فى لزوم الوقف، وإنما لا بل مع ذلك من تسليم المال الموقوف.

كما انه فيما يتعلق بقبول الوقف فلا خلاف بين الفقهاء فى انه إذا كان الموقوف عليه غير معين فإن القبول لا يكون ركناً ولا شرطاً فى صحة الوقف وأما إذا كان الموقوف عليه معيناً فقد اختلف الفقهاء ==

المكون للعقد بمعناه الخاص.

وأما ما ورد بشأن الإجارة بأن : " السكوت فى الإجارة قبول ورضا، كقوله لساكن داره، اسكنها بكذا وإلا فانتقل فسكت وبقى ساكناً لزمه الأجر المسمى" [1]. وبأنه: "إذا كان شخص ساكناً بطريق الغصب أو العارية فى دار آخر، وقال له صاحب المال "اسكن فى الدار بأجرة كذا وإلا فأخرج منها " فسكت الساكن وبقى فى الدار فيكون قد استأجر تلك الدار ورضى بدفع البدل الذى ذكره صاحبها " [2]. وكذلك : " إذا كان عند رجل راع يرعى له غنمه وقال له إنى لا أرعى غنمك بمائة قرش سنوية بل أريد مائتين فسكت صاحب الغنم وبقى الراعى يرعى فيكون صاحب المال قد قبل استئجار الراعي بمائتي قرش ويلزمه دفع المائتين" [3]. هذه المسائل بصيغها المختلفة، تعبر عن معنى واحد هو انعقاد الإجارة بالقول من أحد العاقدين، وبالسكوت من الآخر، إذ يفهم من الصورة الأولى أن المالك المؤجر داره لآخر قال له : " اسكنها بكذا وإلا فانتقل " أى أن ذلك ينطوى على إيجاب منه بتحديد الأجرة أو بزيادتها، وأن الساكن المستأجر ظل ساكناً، وهذا يعني انه قبل الإيجاب الذى وجهه إليه المؤجر إذ انه بقى ساكناً بالدار.

ولكن إذا دققنا النظر فى ذلك لوجدنا انه لا يدل على أن السكوت دل على القبول وإنما دل عليه فعل المستأجر وهو استمراره فى سكنى هذه الدار ومن ثم فلا نكون أمام

==فى ذلك حيث ذهب البعض إلى أن القبول من المعين شرط فى صحة الوقف والاستحقاق، وذهب البعض الآخر إلى أن القبول ليس بشرط لا فى صحة الوقف ولا فى استحقاقه فإذا صدرت الصيغة من الواقف صحيحة استحق الموقوف عليه ــ المعين ــ الثمرة والغلة وإن لم يقبل. وقد أخذ القانون بالرأى القائل بأن القبول ليس شرطاً لثبوت الاستحقاق، إلا انه استثنى حالة واحدة جعل فيها القبول شرطاً لاستحقاق الموقوف عليهم وهى ما إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً. وعلى أى حال فإن القبول ليس ركناً من أركان العقد، وهذا يعني انعقاده بمجرد الإيجاب.

انظر فى ذلك تفصيلاً : د/ أحمد فراج حسين ــ أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية ــ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧ م ــ ص ٢٣٩ وما بعدها، د/ عبد الودود السريتي ــ الوصايا والأوقاف والمواريث فى الشريعة الإسلامية ــ المكتب العربي للطباعة سنة ١٩٩٠م ص٢٠٣، د/محمد أحمد سراج ــ أحكام الوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامي والقانون ــ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨م ص١٧٠ وما بعدها.

(١) انظر : سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ــ ص ٤٧.

(٢) انظر : علي حيدر ــ درر الحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ٦٠.

(٣) انظر : الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ١ ص٤٤٦، علي حيدر ــ درر الحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص ٦٠، د/ صبحي محمصاني ــ النظرية العامة للموجبات والعقود ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص ٥٦، على محي الدين القرة داغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص ١١٥٩.

قبول بالسكوت، وإنما بطريق الدلالة أى " قبول ضمني " ولقد علمنا أن السكوت يختلف عن الدلالة الفعلية التى تفهم من خلال ما قارن السكوت من أفعال. ومن ناحية ثانية فإن القبول هنا ليس قبولا ينعقد به العقد إذ الواضح أن هناك عقد بينهما، وأن ما حدث هو أن المالك أراد أن يزيد الأجرة، فقبل المستأجر هذه الزيادة وبقى ساكنا وعلى ذلك، فلا تدل هذه الصورة على إمكان انعقاد الإجارة بإيجاب لفظي من المؤجر وسكوت من المستأجر.

وينطبق ذلك أيضا على الصورة الثانية التى عبر فيها الساكن – الغاصب أو المستعير – عن قبوله لإيجاب المالك بالدلالة الفعلية لا بالسكوت حيث إنه ظل ساكنا فى الدار بعد قول المالك. فدل ذلك – أى فعله المتمثل فى استمراره فى السكنى – على رضاه بالإيجار.

وأما عن الصورة الثالثة فهى تصور الإيجاب الصادر من الراعى بزيادة أجرته، حيث عرض ذلك على المالك – صاحب المال – الذى سكت، فهذا السكوت من جانب صاحب المال يعد قبولا، دل عليه موافقته على استمرار الراعى فى عمله، وهنا تمت الموافقة على تجديد العقد – المبرم بينهما قبل ذلك – من خلال قول الراعى – الذى يمثل الإيجاب – وسكوت المالك – الذى يمثل القبول – إلا انه يلاحظ أن هذا السكوت فى تلك الصورة لا يثبت إمكان انعقاد الإجارة بقول من جانب وسكوت من آخر. ذلك لأنه – كما هو واضح – أن العقد موجود قبل ذلك. وما هذا السكوت الأخير إلا موافقة على إرادة الراعى فى زيادة أجرته فليس فى معرض انعقاد الإجارة. كما أن سكوت صاحب المال مع استمرار الراعي فى رعيه موافقة فعلية من المالك، فكأنه سلمه المال – الغنم – وسمح له باستمراره فى علمه.

وعلى ذلك، فلا تدل هذه الصور على جواز التعبير عن القبول بالسكوت فى عقد الإجارة، وبالتالي فلا يصح الاستناد إليها فى القول بإمكان التعبير عن القبول – المكون للعقد بمعناه الخاص – بالسكوت.

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بهذا الأمر – أى بعض المسائل الفقهية التى خرجها الفقهاء القدامى على قولهم " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " والتى استند إليها الفقه المعاصر فى القول بإمكان التعبير عن القبول بالسكوت – وهى خاصة بعقد

الوديعة أو " الإيداع" [١].

هذه الصورة ورد النص عليها فى كتب الفقه الإسلامي، فقد جاء فى حاشية الدسوقي : " والحاصل انه يكفي فى قبول الوديعة الرضا بالسكوت"[٢]، وجاء فى روضة الطالبين .. " وفى اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه أصحها لا يشترط بل يكفي القبض فى العقار والمنقول " [٣]. وجاء فى حاشية إعانة الطالبين : " وشرط فيها ما مر فى الوكالة وهو اللفظ من أحد الجانبين وعدم الرد من الآخر، حتى لو قال الوديع أودعنيها فدفعها له ساكتاً صح " [٤]. وجاء فى حاشية الحموى : " أن المودع يصير مودعاً بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر " [٥]. وجاء فى درر الحكام : " إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائلاً إن هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة"[٦]. فهذه النصوص تدل على جواز انعقاد الوديعة بقول من أحد العاقدين وسكوت من الآخر بل نجد بعض الفقهاء يرون أنها تجوز من غير إيجاب وقبول أى بدون لفظ من الجانبين، فقد جاء فى حاشية الدسوقي : " .. وظاهره انه لا يشترط فيه ـ الإيداع ـ إيجاب وقبول وهو كذلك، فمن وضع مالاً عند شخص ولم يقل له احفظه أو نحوه ففرط فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن، لأن سكوته حين وضعه يدل على قبول حفظه"[٧] . ومثله فى حاشية الحموي ، حيث جاء بها " أن من وضع متاعه عند رجل

---

(١) الوديعة لغة : مأخوذة من السكون، يقال " ودع الشئ يدع " إذا سكن فكأنها ساكنة عند المودع ، وقيل مأخوذة من الدعة وهي خفض العيش لأنها غير مبتذلة بالانتفاع، والوديعة : اسم للمال المودع، والإيداع: توكيل فى حفظه تبرعاً، والاستيداع : توكل فى حفظه كذلك بغير تصرف وعلى ذلك : فالوديعة عبارة عن المال الموضوع عند أجنبي لحفظه.

انظر فى ذلك : ابن قدامة ـ المغني ـ مرجع سابق ـ جـ ٧ ص ٣٤٥، الدسوقي ـ حاشية الدسوقي مرجع سابق جـ ٣ ص ٤١٩، الكاساني ـ بدائع الصنائع ـ مرجع سابق جـ ٦ ص٣١٦، النووى روضة الطالبين ـ جـ٥ ص ٢٨٥، السيد البكري ـ إعانة الطالبين ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص٢٤٣ الحجاوي ـ الإقناع ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص ٥، الشوكاني ـ نيل الأوطار ـ مرجع سابق ـ جـ٥ ص٢٩٦، الصنعاني ـ سبل السلام ـ مرجع سابق ـ جـ٣ ص٩٧١، البهوتي ـ الروض المربع مرجع سابق ـ جـ ٢ ص٢٥٧، الصاوي ـ بلغة السالك ـ مرجع سابق ـ جـ ٢ ص١٩٨.

(٢) الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص٤١٩.

(٣) النووي ـ روضة الطالبين ـ مرجع سابق ـ جـ ٥ ص٢٨٦.

(٤) السيد البكري ـ حاشية إعانة الطالبين ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص ٢٤٤.

(٥) الحموي ـ غمز عيون البصائر ـ مرجع سابق ـ جـ ٢ ص ٤٤٦.

(٦) على حيدر ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص ٦٠.

(٧) الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ جـ ٣ ص ٤١٩.

وسكت وذهب يصير مودعا " (١). إذا ، يفهم مما تقدم ، جواز التعبير عن الإرادة من غير لفظ.

وعلى ما يبدو لى ، فإنه لا يمكن الاستناد إلى هذه النصوص فى القول بإمكان التعبير عن القبول ــ الذى يعد أحد شطري العقد ــ بالسكوت، وذلك لأمرين : **الأول:** إن التعبير عن القبول فى عقد الوديعة ــ وفقا لما يفهم من النصوص المتقدمةــ لم يتم بالسكوت، وإنما بالدلالة الفعلية ، حقيقة هناك سكوت من المودع عنده إلا أنه سكوت قارنه فعل دل على إرادته أو موافقته على الإيداع. هذا الفعل يتمثل فى الإيداع الذى حصل من جانب صاحب المال أمامه، فقدوم صاحب المال به ووضعه بين يدى المودع عنده، بأن وضعه فى منزله، أو فى محله، أو مخزنه وهو يشاهد ذلك يصير كأنه تسلمه بالفعل، ويتأكد ذلك أكثر فيما لو قال له ضعه هناك أو أشار له على مكان معين يضعه فيه. يؤيد ذلك ما جاء فى شرح المجلة من أنه : " .. لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان أين أربط دابتي فأراه محلا فربط الدابة فيه، انعقد الإيداع دلالة " (٢). أى أن الموافقة على الإيداع دل عليها السماح لصاحب المال بأن يضعه فى مكان ما، أو تهيئته للمكان الذى يودع فيه، وينطبق ذلك على ما يعرف اليوم " بالجراجات " أو مواقف السيارات الخاصة، حيث يسمح صاحب الجراج بدخول السيارات بها، وعلى أى حال فالإيداع لم يتم بالسكوت، وإنما بالدلالة الفعلية وهذا ما يوافق العقل ويقتضيه المجرى العادي للأمور، إذ لا يتصور أن يأتي إنسان فى لحظة ويترك مالِه فى محل شخص آخر من غير أن يستأذنه فى ذلك ويستحفظه عليه ومن غير أن يتأكد من أن هذا الشخص محل ثقة بحيث يأمن عنده على ماله.

الأمر الثاني : أن الوديعة من العقود العينية، وهى العقود التى لا يكفي لترتيب آثارها عليها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على أمر آخر هو قبض العين أى الوديعة وهو المال المودع(٣). سواء أكان القبض حقيقيا بأن يتم تسليم العين محل الوديعة أم كان قبضا حكميا بأن يتم تسليم مفتاح المنزل أو السيارة محل الوديعة مثلا. ولعل تلك الصفة فى عقد الوديعة هى التى تبرر مسلك

---

(١) الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص ٤٤٦.

(٢) انظر : سليم رستم ــ شرح المجلة ــ مرجع سابق ص ٤٢٩ م ٧٧٣.

(٣) انظر : د/ محمد مصطفى شلبي ــ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٣٧٢.

جمهور الفقهاء فى الاكتفاء بالسكوت دليل على الرضا بها أو قبولها. فهذا السكوت مقترن بفعل وهو عملية الإيداع أو القبض، فالقبض يغني عن اللفظ، وهذا يؤكد ما ذكرناه فى الأمر الأول وهو أن القبول لم يستدل عليه بالسكوت، وإنما من خلال الفعل، وهو الإيداع والقبض.

وعلى ذلك، فلا يفهم من هذه النصوص ــ الواردة بشأن الوديعة ــ إمكان التعبير عن قبولها بالسكوت.

وهكذا ، نخلص مما سبق إلى أن تلك المسائل التى خرجها الفقهاء على قولهم : "ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " ــ استثناء على الأصل فى دلالة السكوت ــ لا يمكن الاستناد إليها فى القول بإمكان التعبير عن القبول بالسكوت ، كما يرى أغلب الفقه المعاصر ، فالقبول الذى يعد أحد شطري صيغة العقد لا يصلح السكوت أن يكون دليلا عليه ، وإنما لابد من التعبير عنه بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة كالقول، أو الكتابة، أو الإشارة ، أو فعل من الأفعال على نحو ما بينا سابقا.

وعلى ذلك، فلا عمل للاستثناءات الواردة على السكوت فى مجال انعقاد العقود ــ بمعناها الخاص ــ سواء أكان فى جانب الإيجاب أم فى جانب القبول ــ كل ما هنالك أن السكوت قد يكون دليلا ــ استثنائيا ــ على الرضا بشئ ، أو على رفضه ، أو على الإذن بشئ ، أو الإجازة ، أو الإقرار ، أو غير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة، غير انعقاد العقود.

المطلب الثالث

حالات السكوت المعبر عن الإرادة

تمهيد وتقسيم :

انتهينا فيما سبق إلى أن السكوت فى كل موضع تمس فيه الحاجة إلى البيان، يعد دليلا على الإرادة وإظهارا لها، استثناء من الأصل فى ذلك، وذلك بناء على قول الفقهاء: " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " ، فيمكن أن يعد السكوت دليل على الرضا بأمر، أو رفضه أو دليل على الإذن، أو الإجازة، أو الإسقاط، إلى غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة، إلا انه لا يمكن أن يكون دليلا على الرضا المكون للعقد سواء أكان فى جانب الإيجاب أم فى جانب القبول.

وقد خرج الفقهاء المسلمون القدامى مسائل فقهية كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي المختلفة، وجعلوا للسكوت دلالة على الإرادة بشأنها استثناء، هذه المسائل تختلف من مذهب إلى آخر وذلك بحسب ما إذا كان السكوت فى موضع الحاجة إلى البيان أولا. لذلك نجد بعضها محل اتفاق، وبعضها محل خلاف بين الفقهاء، كما أنها تختلف من حيث كثرتها أو قلتها من مذهب إلى آخر[١].

هذه المسائل يجمعها معيار واحد هو " الحاجة " ، ولأن هذه المسائل تجعل للسكوت دلالة استثنائية بشأنها على الإرادة فلابد لها من دليل من نص أو قرينة كما سبق أن ذكرنا.

وبناء على ذلك . يمكن رد هذه المسائل أو تصنيفها بحسب دليلها إلى : مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف، ومسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة أى دلالة حال. ونسوق فيما يلي بعض المسائل كنماذج أو أمثلة تطبيقية

---

(١) انظر فى هذه المسائل المستثناة على سبيل المثال : ابن نجيم ـ البحر الرائق ـ مرجع سابق جـ ٣ ص١٢٢ - ١٢٣، ابن نجيم أيضا ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ص ١٥٤ وما بعجها، السيوطي ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ـ ص ١٥٨-١٥٩، الزركشي ـ المنثور فى القواعد ـ مرجع سابق ـ جـ ٢ ص٢٠٥ وما بعدها، الإسنوي ـ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص ٤٤٢ وما بعدها، ابن خطيب الدهشة ـ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ـ مرجع سابق ص ٢٣٩ ، الحموي ـ غمز عيون البصائر ـ مرجع سابق ـ جـ ١ ص٤٣٩وما بعدها، الطرابلسي ـ معين الحكام ـ مرجع سابق ص١٦٠، د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ٢٦٦، د/ على محي الدين القرة داغي ـ مبدأ الرضا فى العقود ـ مرجع سابق ـ ص ١١٥٧.

لمـــا ذكرنا.

وذلك فى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف.

الفرع الثاني: مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة.

الفرع الأول

مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على نص أو عرف

والمراد بالنص هنا اللفظ الذى يفهم منه المعنى من القرآن والسنة ســـواء أكـــان ظاهرا أم مفسرا أم خاصا أم عاما، وليس المراد منه مـــا قـــابل الظـــاهر والمفســـر، والمحكم. فهو كل ملفوظ من القرآن الكريم والسنة النبوية[1]. ويلحق بالنص هنـــا مـــن حيث الأثر ، العرف .

فمن أهم المسائل التى تحددت فيها دلالة السكوت بناء على النص. مسألة ســكوت البكر فى الزواج حيث يقوم مقام نطقها عندما يســتأذنها وليها قبل التزويج، وعند قبض مهرها[2].

وقد دل على أن سكوت البكر كنطقها فى ذلك نص حديث الرسول ــ صلـــى الله عليه وسلم ــ : **" لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يـــا رسول الله وكيف إذنها؟ قال : أن تسكت "** [3]. وقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ **" الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها، وإذنها صمتها "** [4].

---

(١) انظر فى ذلك : د/ بدران أبو العنين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ص٣٠، د/ أحمد فراج حسين ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع ســابق هـــامش ص٢٧٢، د/ رمضـــان علـــى السـيد الشرنباصي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢٠٧.

(٢) انظر : ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٤، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجـــع سابق ص١٥٨، الزركشي ــ المنثور فى القواعد ــ مرجع سابق جــ ٢ ص٢٠٦، الحمـــوي ــ غمـز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جــ ١ ص ٤٣٩، الطرابلسي ــ معيـــن الحكـــام ــ مرجـــع ســـابق ص١٦٠.

(٣) ابن حجر ــ فتح الباري ــ مرجع سابق ــ جــ ٩ ص٢٣٣، مسلم ــ صحيح مسلم ــ مرجـــــع ســـابق جــ٢ ص ١٠٣٦ كتاب النكاح.

(٤) ابن هبيرة ــ الإفصاح عن معانى الصحاح ــ مرجع سابق ــ جــ ٣ ص ٢٢٣، مسلم ــ صحيح مســـلم ــ مرجع سابق ــ جــ ٢ ص ١٠٣٧، الترمذي ــ سنن الترمذي ــ مرجع سابق ــ جـــــ ٣ ص٤٠٧، أبو داود ــ سنن أبى داود ــ مرجع سابق ــ جــ ٢ ص ٢٣٩ كتاب النكاح.

ففى ذلك تصريح بأن البكر يكفى سكوتها أو صمتها فى إذنـــها بـــالزواج أى أن سكوتها يحمل على الموافقة بناء على النص، وذلك لضرورة الحياء[١] أى أن حياءهـــا يمنعها من إبداء أو إعلان موافقتها باللفظ، لذلك رفع الحرج عنها اكتفاء بسكوتها، وذلك مما يعرف ببيان الضرورة عند الحنفية.

وقد سبق ـــ فى إطار حديثنا عن الثيب وعن أن سكوتها لا يعد إذنا ـــ أن علمنـــا أن البكر هى من لم تزل بكارتها، فحقيقة البكارة بقاء العذرة، ويلحق بها حكمـــا، مـــن أزيلت بكارتها بغير وطء كحيضة قوية ، أو بوثبة .. وكذلك من أزيلت بكارتها بـــوطء حرام لم تحد فيه أو لم تشتهر به[٢].

وأما عن تحديد دلالة السكوت عند الحاجة بمقتضى العرف[٣]، ففى مسائل كثـــيرة جدا، منها على سبيل المثال:

أن يجعل السكوت بيانا لما تعورف حذفه من الكـــلام اختصـــارا، أى لضـــرورة اختصار الكلام، وعدم التطويل فيه، وذلك نحو : له على مائة ودرهم، ومائة ودينـــار،

---

(١) انظر : البخاري ـــ كشف الأسرار ـــ مرجع سابق جـــ ٣ ص ١٥٠، ابن أمير الحاج ـــ التقرير والتحبير مرجع سابق ـــ جـــ ١ ص ١٠٣، د/ بدران أبو العينين بدران ـــ بيان النصوص التشـــريعية ـــ مرجـــع سابق ص ٢٣١، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ـــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ـــ مرجع سابق ـــ ص ١٩٤.

(٢) سبق أن ذكرنا ذلك فى موضع سابق عند الكلام عن الثيب. وقد علمنا انه لا خلاف بين الفقهاء، علـــى أن سكوت البكر رضا، إلا أنهم اختلفوا فى البكر البالغة هل ينطبق عليها ذلك أم لا حيث ذهـــب الشـــافعية ومالك وأحمد فى إحدى الروايتين إلى أن البكر البالغة يحق لأبيها إجبارها ومن ثم يكفـــي سـكوتها، وإن كان يستحب استئذانها أو إعلامها أن سكوتها رضا .

وذهب أبو حنيفة ـــ رحمه الله ـــ إلى وجوب استئذان البكر البالغة فلا يجوز إجبارها . راجع فى ذلـــك ما سبق فى الكلام عن الثيب ص

وإذا كان سكوت البكر إذن منها أو دليل على رضاها فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم من الإذن مـــن سكوتها. وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها، غير أن روى عن أبى يوسف أن بكاءهـــا لا يكـــون إجازة بل يكون ردا. راجع فى ذلك : ابن قدامة ـــ المغنـــى ـــ مرجـــع ســـابق ـــ جـــ ٧ ص ٤٥٢، السرخسي ـــ المبسوط ـــ مرجع سابق ـــ جـــ ٥ص ٢، الكاساني ـــ بدائع الصنائع ـــ مرجع ســـابق ـــ جـــ٢ ص٣٦٢، ابن الهمام ـــ شرح فتح القدير ـــ مرجع سابق ـــ جـــ ٢ ص٤٠٢ ، الدردير ـــ الشـــرح الصغير ـــ مرجع سابق جـــ ٢ ص٨٢، أطفيش ـــ شرح كتاب النيل وشفاء العليل ـــ مرجع سابق جـــ ٦ ص١٢٢.

(٣) سبق أن بينا معنى العرف والعادة فى الفقه الإسلامي وعلمنا أن لهما دور كبير فى هذا المجال ـــ مجـــال التعبير عن الإرادة ـــ راجع ما سبق فى الدلالة ص .

فإن المعطوف بيان للمعطوف عليه، ويكون المعطوف مفسر للمعطوف عليه عرفا لكثرة الاستعمال وذلك تخفيفا كما فى بعه بمائة ودرهم ويراد بالجميع الدراهم ، وهـذا مما يعرف عند الحنفية ببيان الضرورة[1].

ومنها أيضا : السكوت عن تحديد نوع النقد فى العقد ــ مثل الثمن فى عقد البيـع، أو المهر فى عقد الزواج ــ كأن يقول البائع : بعتك هذا الشئ بمائـة أو بـألف ، وأن يقول الزوج : تزوجتك بمائة ، أو بألف ويسكت عن تحديد نوع هذه المائة أو الألف هل هو دينار أو درهم؛ أو جنيه مثلا. فهنا يرجع إلى العرف السائد فى البلد التـى يجـرى فيها التعاقد طالما سكت المتعاقدان عن التحديد[2].

ومنها: لو باع التاجر شيئا دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن ولا علـى تأجيله وإنما سكتا عن ذلك. فإنه يرجع إلى العرف لتحديد دلالة هذا السكوت، وبيان مـا إذا كان سيتم الدفع معجلا أو مؤجلا. فإذا كان المتعارف بين التجار فى ذلك التـأجيل أو التعجيل، أو أن البائع يأخذ كل أسبوع قسطا معلوما من الثمن انصرف إليه بـلا بيـان باللفظ[3]. ومن ذلك أيضا، السكوت عن ذكر الثمن فى البيع، فلو باعه وسكت عن ذكـر الثمن ، فالبيع ينعقد ويثبت الملك إذا اتصل به القبض، لأن مقتضى البيـع المعاوضـة بالقيمة المعروفة فإذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته عرفا، فيصير كأنه قال : بعتـه بالقيمة[4]. وهكذا السكوت عن بيان أحد بنود العقد كالسكوت عن تحديد مشتملات المبيع ومكان التسليم ، وأجرة النقل، وغير ذلك فإذا سكت المتعاقدان عن بيان ذلـك فمعنـاه العمل بالعرف السائد فى ذلك، إذ يجعل العرف قاعدة مكملة أو مفسرة. ومبلغـه لمـا سكت عنه المتعاقدان. لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العـرف القـائم

---

(1) انظر فى ذلك : ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٠٥ ، البخـاري ــ كشف الأسرار ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص ١٥٢، د/ عثمان محمد عثمان ــ مناهج الأصوليين فـى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية ــ مرجع سابق ص ٨، محمد عبد الرحمن المحـلاوي ــ تسـهيل الوصول إلى علم الأصول ــ مرجع سابق ص ١٢٨، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيـان النصـوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص ٢٣٨، د/ وهبة الزحيلي ــ أصول الفقه الإسلامي ــ مرجع سـابق ــ ص ٢٠٢.

(2) انظر فى هذا المعني : ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص٥٧.

(3) ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص٩٥، د/ صبحي محمصاني ــ فلسفة التشـريع فـى الإسلام ــ مرجع سابق ــ ص ٢٤٢.

(4) الزيلعي ــ تبيين الحقائق ــ مرجع سابق ــ جـ ٤ ص ١٦١.

وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل[1]. وفى ذلك ذكر ابن نجيم : " لو باع جارية وعليها حلى وقرطان، ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية والبائع ساكت، كان سكوته بمنزلة التسليم " [2]. ويقاس على ذلك غيره كالملحقات بسيارة، أو منزل أو غير ذلك.

ومنها أيضا : الاستدلال على الإذن بالعرف وهو ما يعرف بالإذن العرفي وإقامته مقام الإذن اللفظي. مثل الشرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة، وتناول الثمار الساقطة، وأخذ ما يسقط من الإنسان من الأشياء اليسيرة كالسوط والعصا والفلس والتمرة ، وأخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد، ويسمى اللقاط، وأخذ ما بقى من الثمار من الحدائق بعد تخلية أهله له وتسييبه، إلى غير ذلك مما هو مأذون فيه عرفا حيث يصير كالمأذون فيه باللفظ[3].

وقد ذكر الإمام العز بن عبد السلام فى ذلك فصلا أسماه : " فصل فى تنزيل الدلالة العادية منزلة الدلالة اللفظية " . وتضمن هذا الفصل مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على العادة أو العرف. من ذلك : " حمل الأجور والأثمان على أجرة المثل، وثمن المثل ونقود البلدان، وحمل الإذن فى الأنكحة على الكفء ومهر المثل" . وكذلك إبقاء الثمرة المزهية إذا بيعت إلى أوان جزازها والتمكين من سقيها بماء بائعها. وكذلك الحمل على حرز المثل، وحمل الصناعات على صناعات المثل كالطبخ والعجن والخياطة ، والبناء، والسير المعتاد فى الأسفار، وخروج أوقات الصلوات عن الدخول فى الإجارات.

وكذلك : الاستصناع ، وتقديم الطعام إلى الضيفان، ودخول الحمامات ودور الحكام والولاة فى أوقات العادات، وكذلك دخول الدور بإذن الصبيان.. "[4]. فمثل هذه

---

(١) انظر : د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص٩٧، د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٦٠.

(٢) ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٦، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ ١ ص٤٤٥.

(٣) انظر : ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ص ١٦-١٧، السيوطي ــ الأشباه والنظائر مرجع سابق ص٩٩، السبكي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٥٠ .

(٤) انظر : العز بن عبد السلام ــ القواعد الصغرى " الفوائد فى مختصر القواعد" مرجع سابق ص ١٠٣ وما بعدها.

مسائل تعتمد على العرف فيما سكت عنه ولا يشترط أن يتم بيانها بالقول حيث يقوم لعرف منها مقام النطق بالأمر المتعارف فى الدلالة على الإذن أو المنع، أو الالتزام أو غير ذلك، بناء على أن التعيين بالعادة والعرف كالتعيين بالنص، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا وما يتعلق بذلك من قواعد ذكرناها سابقا(١).

تجدر الإشارة إلى أن السكوت الذى يعد دليلا على الإرادة بمقتضى النص، أو العرف هو ما يعرف فى القانون الوضعي " بالسكوت الموصوف " وهو الذى يعرض حين يفرض القانون التزاما بالكلام، مرتبا على ذلك جعل السكوت رضا أو رفضا وحينئذ يتعهد القانون ببيان أحكام السكوت وتنظيمها، وسمى بالسكوت الموصوف لأن المشرع وصفه ونظم أحكامه، أى حدد دلالته فى كل نص على حدة سواء أكان هذا الوصف فى نص تشريعي، أم عرف أم اتفاق بين الطرفين(٢).

فمن أمثلة السكوت الموصوف فى القانون المصري " المعد قبولا " ، ما تقرره المادة ٤٢١ من التقنين المدني بشأن البيع بشرط التجربة إذ تنص على انه : " فى البيع

---

(١) راجع ما سبق فى أثر العرف والعادة على التعبير دلالة.

وللتعرف على مزيد من المسائل التى تتحدد فيها دلالة السكوت بناء على العرف يراجع على سبيل المثال : ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ص ٥٧ وما بعدها، ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ ٣ ص١٢٢، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص ٩٥، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ٩٩ وما بعدها، الطرابلسي ــ معين الحكام ــ مرجع سابق ــ ص١٦٠، ابن الوكيل ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق جـ ١ ص١٥٦ وما بعدها، د/ أحمد فهمي أبو سنة ــ العرف والعادة فى رأى الفقهاء ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٩ وما بعدها، د/ رمضان على السيد الشرنباصي ــ السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية ــ مرجع سابق ــ ص ٩٦ وما بعدها، ولسيادته أيضا ــ أحكام عقد الزواج فى الإسلام ــ مرجع سابق ص ١٩٠ ــ ص٢١٢ وما بعدها، د/ على محي الدين القرة داغي ــ مبدأ الرضا فى العقود ــ مرجع سابق ص١١٩٩، د/ أحمد محمد الحصري ــ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص٢٤٩ ومابعدها، د/ أحمد فراج حسين ــ أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية ــ مرجع سابق ص٢٨٨، د/ محمود عبد الله العكازي ــ شرح القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص١٨٥ وما بعدها، د/ على الندوي ــ القواعد الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٣ ص٣٠٠-٣٠١ ، د/ عبد العزيز عزام ــ قواعد الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ــ ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ــ مرجع سابق ــ جـ٢ ص٥٨، د/عبد الرزاق السنهوري ــ الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ــ مرجع سابق ــ مصادر الالتزام ــ مرجع سابق ص٢٢٤، د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ــ مرجع سابق جـ ١ص مصادر الالتزام ص ٨٣، د/ محمد لبيب شنب ــ دروس فى نظرية الالتزام ــ مرجع سابق ــ ص ٨٩ د/ محسن البيه ــ مشكلتان متعلقتان بالقبول ــ مرجع سابق ــ ص٥٣، د/ نزيه محمد الصادق المهدي ــ محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام ــ ص ٢٥٥.

بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري البيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا " .

فقد حدد هذا النص دلالة السكوت وجعل السكوت بمنزلة القبول باللفظ[١].

وقد يرجح القانون دلالة الرفض ، فيجعل السكوت رفضا ومن ذلك ما قررته المادة ٢/٣١٦ من التقنين المدني المصري بشأن الحوالة إذ نصت على انه : " إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوته رفضا للحوالة " [٢].

ومن السكوت المعد قبولا بمقتضى الاتفاق أن يبرم شخصان عقد عمل لمدة محددة ويتم الاتفاق على أن يتجدد العقد لمدة أخرى إذا لم يقم أحدهما بإخطار الآخر برغبته فى إنهاء العقد وعدم تجديده قبل انقضاء مدته. فإذا انقضت مدة العقد وسكت الطرفان فإن سكوتهما يعد رضا بإبرام عقد جديد[٣].

أى انه يجب إعمال الاتفاق فى خصوص ما ورد فيه. ففى الحالات التى يحدد فيها النص، أو العرف، أو الاتفاق دلالة معينة للسكوت رفضا أو قبولا فيكون السكوت فيها معبرا على الإرادة على النحو المحدد فى النص أو العرف أو الاتفاق ويكون السكوت موصوفا. وهو يقابل ما ذكرناه فى الفقه الإسلامي من حالات للسكوت تحددت دلالته بمقتضى نص، أو عرف.

---

(١) انظر : د/إسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص ٨٣، د/ سمير عبد السيد تناغو ـ عقد البيع ـ مرجع سابق ـ ص٨٥، د/ محسن البيه ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣، د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ص٩٤، د/ نبيل إبراهيم سعد ـ النظرية العامة للالتزام جـ١ مرجع سابق ص ٩٨، د/ ثروت فتحي إسماعيل ـ صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ـ ص٩٤ ومن قبيل السكوت المعد قبولا بالنص فى القانون الدولي حيث يعد سكوت بعض الدول الأعضاء فى معاهدات النقل بالسكك الحديدية ـ على التعديلات قبولا لها . انظر : د/ مفيد شهاب ـ الآثار القانونية للسكوت فى القانون الدولي العام ـ مرجع سابق ـ ص ٥٧.

(٢) انظر : د/ إسماعيل غانم ـ المرجع السابق ص٨٣، د/ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص٨٩ د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ـ ص٩٥، أ / على أبو المجد ـ أحكام النقض على مواد القانون المدني ـ مرجع سابق ـ ص ٣٧٤.

(٣) د/ عبد الرازق حسن فرج ـ دور السكوت فى التصرفات القانونية ـ مرجع سابق ـ ص٩٥، د/ محسن البيه ـ المرجع السابق ـ ص ٥٥، د/ نبيل إبراهيم سعد ـ المرجع السابق ص ٩٩.

الفرع الثاني

مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بناء على قرينة

والمراد أن السكوت يعد دليلا على الإرادة بمقتضى القرينة، أى بناء على دلالة من حال المتكلم، والتعبير " بدلالة حال المتكلم " تعبير مجازي، إذ المقصود دلالة حال الساكت المشاهد المعنى بالأمر، وكأنه جعل سكوته بمنزلة الكلام، لذا سمى متكلما، وذلك أيضا أحد أنواع بيان الضرورة عند الحنفية، والذى يتم البيان فيه بما لم يوضع له وهو السكوت، ذلك دفعا للضرر والغرر عن الناس(١).

والقرينة مأخوذة من قرن الشئ بالشئ أى شده إليه ووصله به كجمع البعيرين فى حبل واحد، وكالقرن بين الحج والعمرة، وهى تعني فى الاصطلاح " أمر يشير إلى المطلوب " أو " ما يدل على المراد من غير كونه صريحا " (٢).

وهى بذلك لا يختلف معناها عنه فى القانون الوضعي، حيث تعرف فيه بأنها : "ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول " وهى تنقسم بحسب مصدرها إلى : قرائن قضائية ، وهى القرائن التى يترك أمر استنباطها للقاضي يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها" . وقرائن قانونية وهى : " التى يقوم المشرع باستخلاصها تأسيسا على فكرة الاحتمال والترجيح أى على فكرة الراجح الغالب الوقوع"(٣).

---

(١) انظر : البخاري ــ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ــ مرجع سابق جـ ٣ص ١٤٧، د/بدران ابو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص ٢٣٠ ، د/ عثمان محمد عثمان مناهج الأصوليين فى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية ــ مرجع سابق ــ ص ٧.

(٢) الجرجاني ــ التعريفات ــ مرجع سابق ص٢٢٣، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت الموسوعة الفقهية ــ مرجع سابق جـ ٣٣ ص ١٥٨.

(٣) انظر فى ذلك على سبيل المثال : د/ توفيق حسن فرج ــ قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٢ ص١٢٠ وما بعدها، د/ سليمان مرقس ــ أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية ــ جـ ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٨٤ وما بعدها، د/ عبد الودود يحي ــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات المصادر ــ الأحكام ــ الإثبات ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤م ص٩٣٥، د/ جلال العدوي أصول الالتزام والإثبات ــ منشأة المعارف سنة ١٩٩٦ ص ٢٨٠وما بعدها، د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمود زهران ــ دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠٠١ ص٣٤١ وما بعدها، أ/ علية عبد الباقي على سلطان ــ حجية القرينة فى الفقه الإسلامي ــ بحث قدم إلى معهد الدراسات الإسلامية ــ وزارة التعليم العالي بالقاهرة سنة ١٩٩٧ لنيل درجة الماجستير فى الشريعة الإسلامية ص ٢٠.

فالقرائن عبارة عن أمارات وعلامات ترشد إلى المطلوب

والقرينة مشروعة فى الجملة، دل على مشروعيتها قوله تعالى فى قصة سيد يوسف عليه السلام : " **وجاءو على قميصه بدم كذب** " [٢]. فإخوة يوسف حين أتو بقميصه إلى أبيهم يعقوب تأمله فلم يجد فيه خرقا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم وقال لهم : متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا يخرق قميصه، قال القرطبي فى تفسير هذه الآية الكريمة " قال علماؤنا : لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم قرن الله تعالى بهذه العلامة علامة تعارضها وهى سلامة القميص من التمزيق إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص . فاستدل الفقهاء بهذه الآية فى إعمال الأمارات فى مسائل كثيرة من الفقه، كما استدلوا على ذلك بآية أخرى فى نفس القصة من سورة يوسف وهى قوله تعالى : " **وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين... الاية** [٣]. ففيها دليل أيضا على إعمال الأمارات والعلامات للوصول إلى مطلوب[٤].

وفى ذلك يقول الإمام ابن القيم : " فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع فى مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالاعتبار مرتبا عليها الأحكام.. وفى موضع آخر : " والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس فى الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفى القرائن الحالية والمقالية كفقه من جزئيات وكليات الأحكام : أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس ببطلانه ، ولا يشكون فيه ، اعتمادا منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله.."[٥].

---

(١) راجع فى هذا المعنى ــ ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ص ٣ وما بعدها، ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق جـ ٢ص ١١١، د/ عبد الكريم زيدان ــ الوجيز فى أصول الفقه ــ مرجع سابق ص ٣٣٢.

(٢) سورة يوسف ، آية [١٨].

(٣) سورة يوسف، آية [٢٦].

(٤) انظر فى ذلك : القرطبي ــ الجامع لأحكام القرآن ــ مرجع سابق ــ المجلد الخامس جـ ٧ ص١٣٢، ص١٥٢، ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ص ٣ وما بعدها، ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق جـ ٢ ص١١١، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ــ الموسوعة الفقهية ــ مرجع سابق جـ ٣٣ ص ١٨٥ ، علية عبد الباقي على سلطان ــ حجية القرينة فى الفقه الإسلامي ــ مرجع سابق ص ٢١

(٥) انظر : ابن القيم ــ الطرق الحكمية ــ مرجع سابق ــ ص ٤ – ص ١٠.

وبناء على ما تقدم رخص العلماء فى عد السكوت دليلا على الإرادة وإظهارا لها اعتمادا على القرائن ودلائل الأحوال، أى إذا كانت هناك دلالة من حال المتكلم أو علامة ترجح دلالة السكوت، وذلك فى كل موضع تمس الحاجة فيه إلى ذلك رفعا للضرر والغرر عن الناس ولذلك شواهد كثيرة فى الفقه الإسلامي فى أبوابه المختلفة نذكر منها ما يلي على سبيل التمثيل والتوضيح:-

فمن المسائل التى يعد السكوت فيها دليلا على الإرادة اعتمادا على القرائن دفعا للضرر والغرر، سكوت الشفيع عن المطالبة بحقه فى الشفعة مع علمه وتمكنه من القيام بذلك. إذ يعتبر ذلك دليلا على إسقاط حقه فى الشفعة لضرورة دفع الغرر عن المشتري إذ انه قد يحتاج إلى التصرف فى الشئ المشتري، فإذا لم يجعل سكوت الشفيع عن طلب الشفعة إسقاطا لحقه فى طلبها فإما أن يمنع المشتري من التصرف، أو ينقض الشفيع عليه تصرفه إذا تصرف، فلدفع هذا الضرر عن المشتري جعل سكوت الشفيع كالتنصيص منه على إسقاط الشفعة، ودليل على إعراضه عنها وعدم رغبته فيها. فإذا كان السكوت فى أصله غير موضوع للبيان بل هو ضده ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع، فإذا سكت فقد رضى بالتزام الضرر على نفسه[1].

ومن المعلوم أن الطلب فى الشفعة ثلاثة : طلب مواثبة أى المبادرة أى طلبها وقت علمه ــ الشفيع ــ بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع وقبل العلم به لم تبطل شفعته، وهذا الطلب لإفادة أن الشفيع غير معرض عن الشفعة وطلب تقرير أى ينهض بعد ذلك ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده، أو على المشتري أو عند العقار على ما فيه من تفصيل ــ وطلب خصومة، فبعد أن يطلب الشفيع الشفعة طلب التقرير ويشهد عليه ــ كما يرى بعض الفقهاء ــ يثبت الحق ويتقرر فإن سلم المشتري بذلك وسلم العقار إلى الشفيع تمت الشفعة، وإن عارض المشتري فى ذلك احتاج الأمر إلى قضاء القاضي[2].

---

(١) انظر : البخاري ــ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ــ مرجع سابق جـ ٣ص١٥٢، ابن أمير الحاج ــ التقرير والتحبير ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٠٤، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ــ ص ٢٣٧ ، د/ عثمان محمد عثمان ــ مناهج الأصوليين فى الدلالات ــ مرجع سابق ص ٨.

(٢) للمزيد من التفاصيل فى ذلك يراجع : الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ مرجع سابق ــ جـ ٥ص٢٤، الدسوقي ــ حاشية الدسوقي ــ مرجع سابق جـ ٣ ص ٤٨٥، ابن قدامة ــ المغنى ــ مرجع سابق ــ==

وعلى أي حال، فإنه إذا لم يتقدم الشفيع بطلب حقه فى الشفعة على نحو ما أشـونا وسكت فإن سكوته يعد اسقاطا للشفعة دفعا للضرر عن المشتري.

ويلاحظ أن دلالة السكوت هنا مستفادة من غير فعل من الشفيع وبذلك فهى تختلف عن إسقاط الشفعة " بالدلالة الفعلية " التى بيناها سابقا [١]، وذلك بأن يتخذ الشفيع فعـــلا يفهم منه عدم رغبته فى المبيع كأن يوكله المشتري أو البائع فى العقد أو غير ذلك مـــن الأفعال التى لا يصح معها أن يطالب بالشفعة إعمالا لقاعدة : " من سعى فى نقض مـــا تم من جهته فسعيه مردود عليه " . فلو كان الشفيع وكيلا فى بيع دار هو شفعيها لم يكن له ـ بعد بيعها ـ أن يطالب بالشفعة فى هذه الدار لنفسه لأنه بطلبه الشفعة يسعى فـــى نقض ما تم من جهته فلا يقبل[٢]. فدلالة الإعراض عن الشفعة هنا دل عليها فعل الشفيع وليس مجرد السكوت عن المطالبة عند علمه بها.

ومنها أيضا : سكوت المولى حيث يرى عبده يبيع ويشتري، ولا ينهاه عن ذلـــك فإن هذا السكوت يجعل إذنا للعبد فى التجارة لضرورة دفع الضرر عمن يعاملـــه مـــن الناس، ذلك لأنه لو لم يجعل السكوت إذنا لأفضى إلى ضرر النـــاس لأنـــهم يستدلون بسكوت المولى على إذنه له بالتجارة فيعاملون العبد لذلك فإن سكوته يعد إذنا للعبد فـــى التجارة فى كل عقد يباشره بعد هذا السكوت، لا فى العقد الذى وقعه السكوت فيه[٣].

==جـ ٦ ص٨ ، ابن جزي ـ القوانين الفقهية ـ مرجع سابق ص ١٨٩، د/أحمد أبو الفتـــح ـ كتـاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ـ مرجع سابق ص ٩٤ ومـــا بعدهـــا، د/ أحمـــد إبراهيم بك ـ كتاب المعاملات الشرعية ـ مرجع سابق ص ٥٢ وما بعدها، د/ محمد مصطفى شـلبي ـ نظام المعاملات فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص ١٩١ وما بعدها.

(١) راجع ما سبق فى صور التعبير دلالة.

(٢) ومعنى قاعدة : " من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " أن من يفعل فعلا أو يتصـــرف تصرفا، فإن عليه أن يتحمل ما يتولد عنه من نتائج ومسئوليات فمن يعقد عقدا يجب عليه الوفاء بـــه، ولا يحق له أن يمتنع عن الوفاء به ومن فروعها ما ذكرناه فى الشفعة، ومنها : لو تعيب المبيع فى يـــده لـــم يكن له أن يطالب برده لأنه تعيب بسبب يعود إليه ويدخل فى ضمانه، انظر فى ذلك : د/ أحمد أبو الفتـــح ـ كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ـ مرجع سابق ص٢١٢، د/ أحمد محمـــد الحصري ـ القواعد الكلية للفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٣١٧، د/ محمد سراج ـ نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ص ٢٢٢.

(٣) مسألة سكوت المولى عند رؤيته عبده يبيع أو يشتري أمامه محل خلاف بين الفقهاء، إذ يعتبر إذنا عنـــد الحنفية، ويخالف فى ذلك الشافعية . راجع فى ذلك : الزنجاني ـ تخريج الفروع على الأصول ـ مرجع سابق ص ٢٤٢ - ٢٤٣ ، السرخسي ـ المبسوط ـ مرجع سابق جـ ٣٠ ص١٤٠، ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ـ مرجع سابق ص١٥٥، ابن نجيم أيضا : البحر الرائق ـ مرجع سابق جـــ ٣ ص١٢٢، ==

ومنها أيضا: سكوت الزوج عن ولادة المرأة وتهنئته يعد إقرارا منه بنسب المولود فلا يملك نفيه . إذ كان يجوز له نفيه قبل وضعه ومنذ علمه بحملها به، أما سكوته حتى وضعته وقبل التهنئة فذلك دليل على إقراره بنسبه وينزل منزلة نطقه دفعا للضرر عن الزوجة وعن المولود أيضا بل إن بعض الفقهاء يذهبون إلى وجوب حده إن نفاه بعد ذلك[١].

ومنها : السكوت قبل البيع عند الأخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا لا لو كان فاسقا عند أبى حنيفة وعندهما ــ محمد وأبى يوسف ــ هو رضا ولو كان فاسقا. ذلك أن من مسقطات القيام بالعيب أن يسكت المشتري بعد إطلاعه على العيب بنفسه أو باخبار الغير بذلك[٢].

ومنها : سكوت المالك عند بيع الفضولي حتى قبضه المشتري يعتبر إجازة لبيع الفضولي دفعا للضرر والغرر عن المشتري[٣].

==البخاري ــ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ــ مرجع سابق جـ ٣ ص١٥١، ابن أمير الحاج التقرير والتحبير ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص١٠٤، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ١ ص ٤٤١ ، الطرابلسي ــ معين الحكام ــ مرجع سابق ــ ص ١٦٠، ابن قدامة ــ المغني مرجع سابق ــ جـ ٤ ص٢٢٤، د/ بدران أبو العينين بدران ــ بيان النصوص التشريعية ــ مرجع سابق ص٢٣٦، محمد بعد الرحمن المحلاوي ــ تسهيل الوصول إلى علم الأصول ــ مرجع سابق ص١٢٨.

ويلحق بتلك المسألة مسألة من يرى محجورة يتعامل مع الناس تعاملا لا يتعلق بالحاجة المعتادة كالخبز واللحم ــ فلم يمنعه من هذا التصرف فإنه يعد إذنا منه فى التصرف ــ على الراجح ــ ويتحمل نتائجه كى لا يصيب الناس من ذلك ضرر لو لم يعد كذلك فالسكوت هنا يعد بيانا بدلالة حال الساكت لضرورة دفع الضرر والغرر ممن يتعامل معه من الناس. انظر فى ذلك : د/ عثمان محمد عثمان مناهج الأصوليين فى الدلالات ــ مرجع سابق ص ٧.

(١) انظر فى ذلك : ابن عبد الرفيع ــ معين الحكام ــ مرجع سابق ــ ص ٣٣٦، ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص ١٦١، ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق جـ ٣ص ١٢٢، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ــ ص ١٥٥، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق جـ١ ص٤٤٢ ، والنسب لغة : القرابة واصطلاحا : هو حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هى فى عصمة زوج شرعي" .

انظر : د/ على محمد يوسف المحمدي ــ أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه ــ كلية الشريعة والقانون ــ جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٦ ص٢.

(٢) الطرابلسي ــ معين الحكام ــ مرجع سابق ص١٦٠، ابن جزي ــ القوانين الفقهية ــ مرجع سابق ص١٧٦، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٥، الحموي ــ غمز عيون البصائر مرجع سابق ــ جـ ١ ص٤٤٢.

(٣) سبق أن بينا مسألة بيع الفضولي فى موضع سابق لكن السكوت هنا استمر حتى تمام القبض وبالتالي يكون رضا وإجازة للبيع.

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت فهذا السكوت ينزل منزلة النطق[1].

ومنها : لو نقض بعض أهل الذمة، ولم ينكر الباقون بقول ولا بفعل بل سكتوا انقضى فيهم أيضا[2]. ويلاحظ أن هذا بناء على رأى الشافعية استنادا إلى أن السكوت هنا أقيم مقام الرضا بما فعله الباقون دفعا لضررهم جميعا عن الدولة الإسلامية.

ومن ذلك أيضا : سكوت من له الحق فى الحضانة مدة سنة مع علمه – بدون عذر – بزواج المرأة الحاضنة – والدة المحضون – من أجنبي فهذا السكوت يعد إسقاطا لحقه فى الحضانة. فإن لم يعلم بالدخول أو علم ولم يمضى بعد العلم عام أو مضى عام وكان سكوته لعذر يمنعه من التكلم – ومنه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها – فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها ما لم تتأيم – بطلاق أو وفاة الزوج – قبل القيام عليها أو إلا أن يكون الزوج الذى دخل بها محرما للمحضون وله الحضانة كالعم.. فلا تسقط حضانتها[3].

ومنها : السكوت من المحاز عليه – المالك الحقيقي للمال محل الحيازة – الحاضر بلا عذر أو مانع ، هذا السكوت يعد مانعا من سماع الدعوى – على الحائز ولا يلزمه إثبات الملك بل الحيازة تكفيه، وفى ذلك يقول ابن فرحون : " أن مالكا وأصحابه – رحمهم الله – منعوا سماع الدعوى التى لا تشبه الصدق عرفا بل العرف يكذبها كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف بالهدم والعمارة مدة طويلة نحو عشر سنين المدعي مشاهد ساكت ولا ثم مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر فإن ذلك قرينة دالة

---

(١) السيوطي – الأشباه والنظائر – مرجع سابق ص١٥٨، ابن نجيم – الأشباه والنظائر – مرجع سابق ص١٥٦، الزركشي – المنثور فى القواعد – مرجع سابق – جـ ٢ ص ٢٠٧.

(٢) السيوطي – الأشباه والنظائر – مرجع سابق ص١٥٨، الزركشي – المنثور فى القواعد – مرجع سابق جـ ٢ ص٢٠٦، الإسنوي – التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول – مرجع سابق ص٤٤٤.

وأهل الذمة هم المعاهدون من غير المسلمين الذين يقيمون فى بلاد الإسلام إقامة دائمة بناء على عقد الذمة وهو إقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية والتزام أحكام الإسلام، ويفيد السماح لهم بالإقامة الدائمة فى الدول الإسلامية، وحماية أنفسهم وأموالهم مقابل دفع الجزية " راجع فى عقد الذمة ولمن يعقد من غير المسلمين وبم ينتقض ، د/ عبد الكريم زيدان – أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام – مؤسسة الرسالة – الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م ص ٢٠ ،ص ٣٦، رمزي محمد على دراز – فكرة تنازع القوانين فى الفقه الإسلامي – بحث قدم إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ١٩٩٩ لنيل درجة الماجستير فى الحقوق – ص ١٧٦ وما بعدها.

(٣) انظر : الدسوقي – حاشية الدسوقي – مرجع سابق جـ ٢ ص ٥٣٠، الدردير – الشرح الصغير – مرجع سابق – جـ ٢ ص ١٨١.

على كذب الدعوى " [1]. وذلك دفعا للضرر عن الحائز ومن ثم اعتبر سكوته ــ المحاز عليه ــ إسقاطا لحقه في سماع دعوى الملك.

ويلاحظ أن الذى يسقط هنا هو سماع الدعوى فقط، أما الحق فلا يسقط ــ ديانة أبدا ــ بمضي الزمان في الشريعة الإسلامية[2].

وبعد، فهذه بعض المسائل التى تحددت فيها دلالة معينة للسكوت بمقتضى الحاجة بدلالة الحال أى الدلالة الحالية أو دلالة حال الساكت الذى كان يتعين عليه أن يتخلى عن موقفه السلبي ويعبر عن إرادته بقول أو فعل، ومن ثم جعل سكوته بمنزلة نطقه طالما لم يمنعه مانع من ذلك. دفعا للضرر والغرر فى العلاقات المالية والشخصية، وما عرضناه من مسائل هو على سبيل التمثيل والتوضيح فقط، وليس كل ما يندرج في الموضوع إذ يقاس على هذه المسائل كل حالة تقتضي الحاجة عد السكوت دليلا على الإرادة حيالها متى وجدت قرينة تؤيد ذلك وترجحه[3].

---

(١) ابن فرحون ــ تبصرة الحكام ــ مرجع سابق ــ جـ ٢ ص١١٩، الشيخ عليش ــ فتح العلي المالك ــ مرجع سابق جـ ٢ ص٣١٨..

والحيازة هى " سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شئ مادي ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني أو شخصي، ويباشر عليه الأعمال التى يباشرها عادة صاحب الحق " . وقد اختلف الفقهاء فى مدة الحيازة، هل عشر سنين أو خمس عشرة سنة أو أكثر أو أقل. ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فإن المحاز عليه لو سكت حتى مضت مدة الحيازة والحائز يمارس أو يباشر على المال المحوز سلطات المالك ويظهر بهذه الصفة فإن السكوت فى هذه الحالة يعد إسقاطا لحقه فى رفع دعوى الحيازة. راجع فى تفصيل ذلك : د/ حمدي عبد العزيز محمد خفاجي ــ الحيازة وأثرها فى القانون المدني المصري والفقه الإسلامي ــ بحث قدم إلى كلية الحقوق ــ جامعة المنصورة لنيل درجة دكتوراه فى الحقوق سنة ٢٠٠١ صفحات ٣٠ - ٦٣- ١٤٧ - ١٦٩ - ١٩٣..

(٢) راجع فى ذلك : د/ حامد زكي ــ التقادم فى القانون ومضى المدة المانع من سماع الدعوى فى الشريعة الإسلامية ــ منشور بمجلة القانون والاقتصاد ــ س ٤ ع ١ سنة ١٩٣٤ ص ٨٨، مستشار على زكي العرابي ــ طبيعة التقادم فى الشريعة والقانون ــ منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٣ ع ١ سنة ١٩٣٣ ص٨٦٨، أ / عزيز خانكي ــ الوقف والحكر والتقادم شرعا وقانونا ــ منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٦ ع ٧ سنة ١٩٣٧ ص ٧٨٢ وما بعدها، د/ محمد على عمران ــ وقف التقادم وانقطاعه ــ منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ كلية الحقوق جامعة عين شمس يوليو سنة ١٩٧٢ ص ٣٠٧ وما بعدها.

(٣) للتعرف على المزيد من هذه المسائل يراجع : ابن نجيم ــ البحر الرائق ــ مرجع سابق ــ جـ ٣ ص١٢٢، ابن نجيم ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٤ وما بعدها، السيوطي ــ الأشباه والنظائر ــ مرجع سابق ص١٥٨، الحموي ــ غمز عيون البصائر ــ مرجع سابق ــ جـ ١ ص٤٣٩ وما بعدها، الإسنوي ــ التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ــ مرجع سابق ص٤٤٢ وما بعدها، ==

وهذا النوع من السكوت يعرف فى القانون الوضعي بالسكوت الملابس أى السكوت الذى لابسته ظروف وقرائن تخلع عليه دلالة على إرادة معينة. وحالات السكوت الملابس كثيرة ومتباينة، وليست محددة، ومن ثم فإن استخلاص القبول من هذه الظروف يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع من غير رقابة فى ذلك عليه من محكمة النقض. وقد حاول المشرع تسهيل مهمة قاضي الموضوع فى هذا الخصوص فوضع له معيارا، وقدم له أمثلة للظروف التى يمكن أن يستخلص منها القبول، فقد نص المشرع المصري فى التقنين المدني الحالي على الحالات التى يعتبر فيها السكوت ملابسا ويعد قبولا أو أساسا لافتراض القبول فى المادة ٩٨ منه. وذلك إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول.. ويعتبر السكوت قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذ تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه [١].

==الزركشي – المنثور فى القواعد – مرجع سابق جـ ٢ ص٢٠٥ وما بعدها، الطرابلسي – معين الحكام – مرجع سابق ص١٦٠ وما بعدها، ابن عبد الرفيع – معين الحكام على القضايا والأحكام – مرجع سابق ص٣٣٦ وما بعدها وشرح المادة (٦٧) من مجلة الأحكام العدلية .

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال: د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد – مرجع سابق – ص ٢٢٢ وما بعدها، د/ عبد المجيد الحكيم – الوسيط فى نظرية العقد – مرجع سابق جـ١ ص١٥١، د/ عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – مرجع سابق ص١٠٢ د/عبد الهادي العطافي – صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزي والتقنين المدني السوداني – مرجع سابق ص ٩٣ ، د/ نزيه محمد الصادق المهدي – محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام – مرجع سابق ص ٢٥٦ وما بعدها، د/ ثروت فتحي إسماعيل صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة – مرجع سابق ص ٩٥ وما بعدها، د/ أحمد حسن البرعي نظرية الالتزام فى القانون المغربي – مرجع سابق – ص٥٥، د/محمد لبيب شنب – المرجع السابق ص ٩١، د/ إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق ص ٨٤، د/ عبد الرازق حسن فرج – دور السكوت فى التصرفات القانونية – مرجع سابق – ص ٩٩ وما بعدها، د/ سمير عبد السيد تناغو – مصادر الالتزام – مرجع سابق – ص٤٠، د/ محسن البيه – المرجع السابق – ص٦٨ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال – القانون المدني فى ثوبه الإسلامي – مرجع سابق ص ٦٧ وما بعدها ولسيادته أيضا – السعي إلى التعاقد فى القانون المقارن – مرجع سابق ص٦١ وما بعدها، د/ نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – مرجع سابق – ص ٩٩ وما بعدها.

* وبعد أن انتهينا من بيان حكم السكوت بمعنى الأثر المترتب عليه من خلال القاعدة الفقهية الشهيرة " لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان" والتى تتضمن الأصل من دلالة السكوت، والاستثناء عليه، فإن ثمة سؤال يطرح فى هذا المقام كنا قد نوهنا عنه فى الفصل التمهيدي لهذا البحث، هذا السؤال هو، هل تعد هذه القاعدة ــ التى ارتكزت عليها الدراسة ــ دليلا شرعيا يستند إليه فى استنباط الأحكام المتعلقة بالسكوت.

سبق أن علمنا أن العلماء قد قسموا القواعد الفقهية ــ بحسب مصدرها إلى نوعين ــ الأول : القواعد التى تستند إلى نص من القرآن الكريم أو السنة، وهذه لا خلاف على عدها دليلا شرعيا يصلح لاستنباط الأحكام الشرعية منه.

الثاني ــ القواعد التى لا تستند إلى نص شرعي وهذه محل خلاف بين الفقهاء حول مدى عدها دليلا شرعيا.

وبالنظر إلى القاعدة محل الدراسة ومن خلال دراستنا لشقيها يتبين لنا أنها تعد من قبيل النوع الأول من القواعد أى التى تصلح لأن تكون دليلا تستنبط منه الأحكام الشرعية.

وذلك لأنها تستند فى شقيها إلى نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء . فقد رأينا أن شقها الأول ــ لا ينسب إلى ساكت قول ــ يستند إلى عموم النصوص التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وإلى إجماع الفقهاء على ذلك. كما يستند شقها الثاني " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " إلى النصوص التى تدعو إلى التيسير على المكلفين ورفع الحرج والمشقة عنهم.

ومن ثم ، فإن هذه القاعدة تصلح دليلا شرعيا على ما تفيده من أحكام متعلقة بها سواء أكان فى مجال المعاملات المالية من جهة جواز التصرفات أو بطلانها فى حالة السكوت، ومن ثم جواز انتقال الأحوال أو الانتفاع بها بناء على هذا السكوت من عدمه، أم بالنسبة للمعاملات الخاصة التى تندرج تحت حكمها، متى توافرت فى المسألة ــ محل البحث ــ عن حكمها ــ ما تتطلبه القاعدة، فلو أن حالة سكوت توافر

فيها الوصف المقصود فى الشق الأول فلا اعتبار لهذا السكوت، لكونه سكوتا مجـردا، وهو ــ كما ذكرنا ــ لا يصلح دليلا على الإرادة.

أما إذا كانت تلك الحالة يتوافر لها ما يتطلبه الشق الثاني من جهة كون السكوت حيالها فى موضع الحاجة إلى البيان ووجد الدليل من نص أو عرف أو دلالة حال فـإن السكوت فى تلك الحالة يكون دليلا على الإرادة بحسبها ــ أى رضا أو رفضا أو إذنـ أو إجازة ــ والله أعلـــم.



الخاتمـــة

اتضح لنا من خلال استعراضنا لموضوع الدراسة : " السكوت وأثره على الأحكام فى الفقه الإسلامي " ما يلي :

* أن القاعدة التى يرتكز عليها البحث وهى قاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " من قبيل القواعد الفقهية الكلية ــ رغم شبهها بالقواعد الأصولية فى بعض خصائصها ــ حيث يندرج تحتها فروع فقهية كثيرة ينطبق عليها حكمها طالما توافر بها المعني الذى تشمله القاعدة، كما يخرج بعض جزئياتها عن حكمها، ولا يعد ذلك قادحاً فى كليتها، لما علمنا أن الاستثناء من القاعدة الفقهية لا يتعارض مع كونها كلية عامة، ولا ينقص من قيمتها العلمية لأن ما يستثنى من هذه القاعدة من فروع يندرج تحت الاستثناءات التى تضمنها الشق الثاني من القاعدة ذاتها. وأن هذه القاعدة تعد من قبيل القواعد التى تصلح لأن تكون دليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، وذلك لأنها تستند فى شقيها إلى نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، ومن ثم فهى تصلح دليلاً شرعياً على ما يفيده من أحكام متعلقة بها.

* من خلال تحليلنا لمناهج الفقهاء فى تعريفهم للسكوت والتعليق عليها وجدت أن التعريف المناسب للسكوت فى موضوع دراستنا هو " موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل " . لأن هذا التعريف يشتمل على عناصر السكوت وأنواعه، لأننا علمنا أن السكوت ينقسم بحسب دلالته على الإرادة إلى سكوت مجرد ــ بسيط ــ لا دلالة له على الإرادة، وسكوت معبر عن الإرادة استثناء. كما ينقسم من حيث مصدره إلى : سكوت صادر من المخاطب وإلى سكوت صادر من المشرع، وهو ما يعرف بالسكوت التشريعي. ولأن هذا الأخير يختلف عن الأول ــ الصادر من المخاطب ــ من حيث مصدره ومجاله لذلك تكلمنا عنه إجمالاً فى بداية البحث حتى نتفرغ فيما بعد ذلك إلى الكلام عن الصادر من المخاطب. كما ظهر لنا أن التعريف الاصطلاحي للسكوت لا يخرج عن إطلاقاته التى ورد بها فى القرآن الكريم والسنة النبوية.

* فى إطار التمييز بين السكوت وما يشتبه به من وسائل للتعبير عن الإرادة وجدنا أن التعبير بالسكوت يتميز من وسائل التعبير الصريحة كالكتابة، والإشارة، من

حيث كونه موقفاً سلبياً بحتاً لا يقترن به أي فعل من الأفعال ترجح دلالة السكوت على وجهة معينة للإرادة.

وفى إطار التمييز بينه وبين وسائل التعبير غير الصريحة كالمعاطاة والدلالة الفعلية، رأينا أن المعاطاة تعد وسيلة خاصة من وسائل التعبير عن الإرادة بطريق الدلالة الفعلية من جهة أنها وسيلة خاصة ببعض أوجه التعبير عن الإرادة بحيث لا تستوعبها كافة، فقد علمنا أنها لا تصلح مطلقا للتعبير عن الرضا فى عقد الزواج، وذلك باتفاق الفقهاء. ومن جهة أخرى فإن مقتضى المعاطاة أن يتم البذل والإعطاء من المتعاقدين أو من أحدهما لذلك يخرج من إطار المعاطاة ما عدا ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة مما لا يتضمن الأخذ والإعطاء ، كالإعلان عن وظيفة أو الوعد بالبيع والشراء أو الوعد بجائزة، وغير ذلك من وجوه التعبير عن الإرادة التى تأبى بطبيعتها أن يعبر عن الرضا بشأنها بدلالة المعاطاة. فلهذا الطابع الخاص للتعبير عن الإرادة بالمعاطاة أفردتها بمبحث مستقل خاص بها ولم أدرجها ضمن وسائل التعبير الصريح مع الكتابة، والإشارة، كما لم أدرجها ضمن وسائل التعبير دلالة.

وفى إطار التعبير بالدلالة الفعلية رأينا أنه يمكن التعبير عن الإرادة بها وهى ما تعرف فى القانون الوضعي وفقهه " بالتعبير الضمني " . أى من خلال فعل من الأفعال. إلا أن الاعتماد على الدلالة الفعلية مقيد بعدم معارضتها بالصريح من الأقوال، ففى صور التعبير دلالة يلاحظ انه لو صدر من الشخص تصريح يعارض ما دل عليه فعله فإنه لا عبرة بالدلالة فى هذه الحالة، وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية التى تقرر انه " لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح " أى إن ما يدل على الرضا أو الرفض من خلال فعل من الأفعال لا يعتد به إذا عارضه ما هو أقوى منه وهو التصريح ، فإذا تعارض التصريح والدلالة كان العمل بالتصريح ولا عبرة بالدلالة. لأنها دونه فى الإفادة وهو اقوى منها فلا تعتبر فى مقابلته، وقد أوردنا لذلك تطبيقات تؤيد ما ذكرنا.

ويختلف التعبير عن الإرادة بالدلالة عن التعبير بالسكوت اختلافا جوهرياً من حيث إن التعبير بالسكوت يتم من خلال نص، أو قرينة، أو ظروف ملابسة، أما فى التعبير دلالة فليس هناك كلام أيضاً، إلا أن الساكت يأتي بفعل من شأنه الدلالة على إرادته، فمع وجود السكوت فى الحالين فإنه فى التعبير بالسكوت سكوت خالص لا

يقارنه فعل، أما فى التعبير دلالة، فإن السكوت لا يكون مطلقاً إنما هو سكوت عن القول فقط، مع الإتيان بفعل يستدل به على الإرادة. كما يختلف التعبير بالسكوت عن غيره من الوسائل غير الصريحة عموماً، من جهة أخرى، وهى أن السكوت لا يمكن التعبير بـــه عن الإرادة فى جانب الإيجاب مطلقا، هذا بخلاف الوسائل الأخرى غير السكوت التـــى يمكن التعبير بها عن الإيجاب، وعن القبول كذلك.

وقد وجدت أن التعبير عن الإرادة بالدلالة يعتمد فى نظر الفقهاء علـــى العـــرف والعادة مستندين فى ذلك على قاعدة " العادة محكمة " وما تسند إليه وما يندرج تحتـــها ويتفرع عنها من قواعد ذكرناها فى حينها.

* وفى إطار بيان حكم السكوت بمعني وصفه الشرعي تبيـــن لنـــا أن الســـكوت بوصفه فعلا من أفعال المكلف مباح فى الأصل إلا انه قد يكون مندوباً إليـــه ، حيـــث يكون عن مكروه من قول، أو فعل ، وقد يكون مكروهاً إذا كان عن أمر مندوب مـــن قول أو فعل، كالسكوت عن النهي عن المنكرات المندوبة، أو السكوت عما يوجبه مبـــدأ حسن النية فى العقود والتصرفات من التزامات مثـــل الالـــتزام بـــالتبصير والتحذيـــر والنصيحة على المتعاقدين.

وقد يكون السكوت مجرما، إذا كان سكوتاً عن أمر واجب، وذلك فى كل حالة يرد فيها النص بوجوب الكلام أو اتخاذ موقف إيجابي بحيث لا يحل للمسلم حينئذ أن يظـــل ملتزماً للصمت إزاء الأمر المسكوت عنه. كالسكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عـــن المنكر الواجب، والسكوت عن الشهادة الواجبة، والسكوت المتمثل فى كتمان العلم وعدم تبيينه للناس مع حاجتهم إليه ، والسكوت عن التدليس الذى يتم بكتمان عيب سلعة أوجب الشرع بيانه. ومنه كتمان المرأة لما فى رحمها، والسكوت عن البوح به وإظهاره. وقـــد يكون السكوت واجباً إذا كان سكوتاً عن محرم من قول أو فعل كالسكوت عن الكـــذب المحرم وعن الغيبة والنميمة، والسكوت عن السؤال عما لا يعني، والسكوت عن إفشـــاء الأسرار وخاصة ما بين الزوجين، وكذلك السكوت عن الخداع والغـــش بـــالقول فـــى المعاملات ، وفى العقود عامة، سواء أكان من المتعـــاقدين ، أو مـــن غيرهمـــا، ممـــا يعـــرف بالنجش.

* وفى إطار بيان حكم السكوت بمعني الأثر المترتب عليه وجدنا أن الأصل فى ذلك أن السكوت لا دلالة له على الإرادة وليس من وسائل التعبير عنها وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " لا ينسب إلى ساكت قول " ولقد علمنا أن السكوت المراد هنا هو السكوت المجرد عن الفعل أو ما يرجح دلالته على الإرادة وهذا المبدأ يستند إلى عموم نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة التى تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وتوجب أن يكون ذلك على وفق إرادة المشرع الحكيم، وقد أوردنا بعض المسائل الفقهية التى تدل على هذا المبدأ مثل السكوت عند بيع الفضولي، وسكوت الثيب فى عقد الزواج، وسكوت زوجة العنين، ولقد انتهينا إلى أن السكوت المجرد المقصود فى الشق الأول من القاعدة لا دلالة على الإرادة مطلقا، فلا يعد إيجاباً، ولا قبولا، ولا إذناً، ولا إجازة ، ولا غير ذلك من صور التعبير عن الإرادة.

وقد رأينا أن الفقه الإسلامي لم يلتزم مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت على إطلاقه وإنما خرج عليه فى مسائل جعل للسكوت فيها دلالة استثنائية على الإرادة، وذلك عند الحاجة إلى عده كذلك، بشرط أن يوجد دليل من نص، أو قرينة أى دلالة حال، وهذه الاستثناءات تضمنها الشق الثاني من القاعدة محل الدراسة " ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " .

وقد رأيت فى هذا الصدد أن السكوت المعبر عن الإرادة استثناء لا يكون دليلاً على الإرادة فى مجال إنشاء العقود وتكوينها وأقصد بالعقود هنا العقود بمعناها الخلص أى التى لابد لانعقادها من صيغة مشتملة على إيجاب وقبول من المتعاقدين فلا يمكن عد السكوت دليلاً على الإيجاب مطلقا وهذا لا خلاف عليه . ولكن كان الخلاف بصدد مدى صلاحية السكوت لأن يكون دليلاً على القبول المنشئ للعقد.

وقد بدا لى أن السكوت لا يمكن أن يكون معبراً عن القبول بهذا الوصف، مخالفا بذلك ما عليه أغلب الفقه المعاصر، كل ما هنالك انه يجوز أن يكون السكوت دليلاً على رضا بشئ ، أو رفضاً لشئ ، أو إذناً فى شئ ، أو إسقاطاً لحق، أو إبراء ، إلا انه لا يكون دليلاً على القبول الذى يعد أحد شطري صيغة العقد.

وقد رأيت أن معيار السكوت المعبر عن الإرادة فى الفقه الإسلامي هو معيار الحاجة، وهو معيار منصوص عليه فى القاعدة محل الدراسة، لأن الفقهاء قيدوا السكوت

المعبر عن الإرادة بضرورة كونه فى معرض الحاجة إلى البيان، ولما كانت دلالة هذا السكوت عند الحاجة استثناء على الأصل وجب أن يكون ذلك بمقتضى دليل من نص أو عرف ، أو قرينة ، أى دلالة حال.

قد لاحظت من خلال هذه الدراسة انه لا فارق كبير بين ما تقرر فى الفقه الإسلامي وبين ما أخذ به القانون الوضعي فى هذا المجال بل إن موقف القانون الوضعي مستمد من الفقه الإسلامي. لذلك خلت الدراسة كثيرا من المقارنة أو لم تكن المقارنة محل اهتمامي فى هذه الدراسة نظرا لهذا الاتفاق ، إنما اكتفيت بالإشارة إلى موقف القانون الوضعي ـ الذى لا يختلف كثيرا عن ما تقرر فى الفقه الإسلامي وذلك إتماما للفائدة.

* وفى النهاية أوصى بالاهتمام بدراسة القواعد الفقهية وشروحها وتبيين آثارها الفقهية المترتبة عليها وذلك بدراسات فقهية معاصرة متخصصة نظرا لما لهذه القواعد من أهمية بالغة وقيمة علمية كبيرة فى مجال التعرف على الأحكام الفقهية إذ أنها تحقق ذلك بسهولة ويسر فهى تضبط المسائل المنتشرة المتعددة وتنظمها تحت أصول ومبادئ فقهية على نحو ييسر التعرف على أحكامها بإدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة .

كما أن القواعد الفقهية تمكن من تخريج الفروع تخريجا سليما واستنباط الحلول للوقائع الجزئية المتجددة عبر العصور والأجيال. بالإضافة إلى أنها تسهل المقارنة بين المذاهب كما تفيد فى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، كما تفيد فى تسهيل مهمة القائمين على تقنين الشريعة الإسلامية إذا وضعوا هذه القواعد الفقهية نصب أعينهم وجعلوها محل اهتمامهم، فالقواعد مجال خصيب يساعد على استنباط أحكام ما يستجد من حوادث ووقائع لم يرد بخصوصها نص من نصوص الشرع الحكيم، فهى بذلك تعد من عناصر استمرار الشريعة الإسلامية، وضمان صلاحيتها للتطبيق فى كل زمان ومكان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة بأهم مراجع البحث(*)

أولا: القرآن الكريم :

ثانيا: كتب التفسير :

ابن العربي: الحافظ القاضي أبى بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بأن العربي المعافرى الأندلسي الأشبيلي المالكي ختام علماء الأندلس وأئمتها المولود سنة ٤٦٨هـ والمتوفي سنة ٥٤٢هـ.

- أحكام القرآن ـ مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر الطبعة الأولى سنة ١٣٣١ هـ.

ابن كثير : عماد الدين أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي سنة ٧٧٤ هـ.

- تفسير القرآن العظيم ـ دار إحياء الكتب العربية.

الألوسي : شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي المتوفي سنة ١٢٧هـ .

- روح المعاني فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني إدارة الطباعة المنيرية بدون تاريخ.

البيضاوي : قاضي القضاة ناظر الدين عبد الله بن أبى القاسم علي بن عمر البيضاوي المتوفي سنة ٦٨٥هـ.

- أنوار التنزيل وأسرار التأويل شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨.

الجصاص: أبو بكر أحمد بن على الرازي الجصاص المتوفي سنة ٣٧٠هـ .

- أحكام القرآن ـ تحقيق محمد الصادق قمحاوي ـ الناشر ـ دار المصحف ـ بدون تاريخ،
- أحكام القرآن ـ المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧ هـ.

(*) رتبت هذه المراجع بحسب الحروف الأبجدية لأسماء المؤلفين .

الرازي : فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علـــى القيمـــي البكري الرازي المتوفي سنة ٦٠٦هـــ.

- مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ــ دار الغد العربي ســـنة ١٩٩٢م طبع دار الكتب العلمية طهران بدون تاريخ.

السيوطي : عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي المتوفي سنة ٩١١هــ

- تفسير الدر المنثور فى التفسير المأثور ، ضبط نـــص وتصحيـح وإسناد الآيات ووضع الحواشي والفهارس بإشراف دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ م.

الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤هــ.

- أحكام القرآن ــ دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان ســـنة ١٩٨٠م تعريف وتقديم محرز أحمد بن الحسن الكوثري ــ كتب هوامشـــــه عبد الغني عبد الخالق.

الشوكاني: محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هــ.

- فتح القدير الجامع بين فني الروايـــة والدرايـــة ــ دار المعـــارف بيروت بدون تاريخ.

الصابوني : محمد على الصابوني.

- صفوة التفاسير ــ طبع على نفقة السيد حسن عبـــاس الشـــربتلي بدون تاريخ.

- تفسير آيات الأحكام ــ دار التراث العربي ــ بدون تاريخ.

الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفي سنة ٣١٠هــ

- جامع البيان فى تفسير القرآن ، وبهامشه تفسير غرائـــب القـــرآن ورغائب الفرقان للعلامة نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمر النيسابوري – المطبعة الأميرية الكـــبرى– الطبعـــة الأولـــى ســـنة ١٣٢٣هــ

القاسمي: محمد جمال الدين القاسمي.

- تفسير القاسمي ــ دار إحياء الكتب العربية.

القرطبي : أبو عبد الله بن أحمد بن أبى بكر فرج الأنصاري القرطبي المتوفي سنة ٦٧١هـ.

- الجامع لأحكام القرآن ـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع سنة ١٩٩٥م وطبعات أخرى.

رضا: الشيخ محمد رشيد رضا المتوفي سنة ١٣٥٤ هـ.

- تفسير القرآن الحكيم مطبعة المنار الطبعة الثانية.

قطب: الشيخ سيد قطب .

- فى ظلال القرآن.

- دار الشروق سنة ١٩٨٥م.

ثالثا: مراجع الحديث :

ابن حجر : أحمد بن على بن حجر العسقلاني المتوفي سنة ٨٥٢ هـ.

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، طبعة دار الغد العربي ـ القاهرة سنة ١٩٩٣ وطبعات أخرى.

ابن حنبل: الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفي سنة ٢٤١هـ .

- المسند ـ دار المعارف للطباعة والنشر بمصر سنة ١٩٤٨م شرح وفهرسة / أحمد محمد شاكر.

ابن ماجه: الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة٢٠٧-٢٧٥هـ

- سنن ابن ماجة ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ عيسى البابي الحلبي وشركاه ـ بدون تاريخ.

ابن هبيرة : الوزير العالم بن هبيرة المتوفي سنة ٥٦٠ هـ.

- الإفصاح عن معاني الصحاح وهو شرح للجمع بين الصحيحين لأبى عبد الله الحميدي الأندلسي المتوفى سنة ٤٨٨هـ دار الوطني الرياض ـ الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ.

ابو داود : الإمام أبى داود سليمان الأشعث السيجستاني المتوفي سنة ٢٧٥هـ.

- سنن أبى داود ـ دار الريان للتراث سنة ١٩٨٨ م.

الأبادي: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي .

- عون المعبود ـ شرح سنن أبى داود ـ تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ـ الناشر محمد عبد المحسن ـ بدون تاريخ.

البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن على البيقهي المتوفي سنة ٤٥٨هـ.

- السنن الكبرى ـ دار الفكر بيروت بدون تاريخ.

الترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة سنة ٢٠٩هـ وتوفي سنة٢٧٩هـ .

- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ـ بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ـ دار الحديث بالقاهرة.

الجزري : الإمام مجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري ولد سنة ٥٤٤ هـ وتوفي سنة ٦٠٦ هـ.

- جامع الأصول فى أحاديث الرسول ـ تحقيق عبد القادر الأرناؤوطي ـ الجزء الأول ـ مكتبة الحلواني سنة ١٩٦٩.

الحاكم: الحافظ الكبير إمام المحدثين أبى عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري الحافظ المتوفي سنة ٤٠٥ هـ.

- المستدرك على الصحيحين فى الحديث ـ الناشر مكتبة ومطابع النهضة الحديثة ـ الرياض ـ الجزء الرابع.

الزرقاني : محمد الزرقاني المتوفي سنة ١١٢٢ هـ.

- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ـ دار الجيل ببيروت ـ بدون تاريخ.

الشوكاني: محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ.

- نيل الأوطار ـ دار الحديث ـ بدون تاريخ.

الصنعاني : محمد بن إسماعيل الكحلاني المعروف بالأمير اليمني الصنعاني المتوفي سنة ١١٨٢هـ.

- سبل السلام فى بلوغ المرام ــ تحقيق إبراهيم عصرا ــ دار الحديث بدون تاريخ.

الطبراني: الإمام ابو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني ولد سنة ٢٦٠ هـ بمدينة عكا وتوفى سنة ٣٦٠هـ بأصبهان.

- المعجم الأوسط ــ تحقيق محمود الطحان ــ مكتبة المعارف بالرياض ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.

النسائي: الحافظ أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائي ولد سنة ٢١٤ هـ وفى سنة ٣٠٣ هـ.

- سنن النسائي المجتبي ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ــ بمصر الطبعة الأولى سنة ١٩٦٤ م.

النووي: الإمام الحافظ محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف النووي المتوفي سنة ٦٧٦ هـ.

- رياض الصالحين ــ تحقيق وتعليق محمد مخمد تامر ــ دار العنان للطباعة والنشر والتوزيع ــ مدينة نصر القاهرة سنة ٢٠٠٠م.

مالك : أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي سنة ١٧٩هـ.

- الموطأ ــ تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ــ دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ .

مسلم: الإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري سنة ٢٠٦-٢٦١هـ .

- صحيح مسلم ــ مطبعة دار إحياء الكتب العربية ــ طبعة حديثة بدون تاريخ.

رابعا: مراجع اللغة العربية :

ابن منظور : الإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور الإفريقي المصري الأنصاري الخزرجي.

- لسان العرب ــ الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣٠٠ هــ.

الأصفهاني : العلامة الراغب الأصفهاني.

- معجم مفردات ألفاظ القرآن ــ تحقيق نديم مرعشلي ــ دار الكاتب العربي مطبعة التقدم العربي سنة ١٣٩٢هــ سنة ١٩٧٢م .

البستاني : المعلم بطرس البستاني .

- قطر المحيط ــ مكتبة لبنان ــ سنة ١٨٦٩م.

- محيط المحيط ــ المجلد الثاني ــ طبع فى بيروت سنة ١٢٨٦هــ سنة ١٨٧٠ م.

الجرجاني : على بن محمد بن على متوفى سنة ٨١٦ .

- التعريفات ــ دار الريان للتراث سنة ١٤٠٣ هــ.

الرازي: الإمام محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازي المتوفي سنة ٦٩١هــ

- مختار الصحاح ــ ترتيب السيد محمود خاطر ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ــ الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٢م.

الزبيدي : محب الدين بن الغيض السيد محمد مرتضى الحسيني الوسطى الزبيدي الحنفي ــ نزيل مصر.

- تاج العروس من جواهر القاموس ــ الطبعة الأولى ــ المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر سنة ١٣٠٦هــ من منشورات دار مكتبة الحياة ــ بيروت ــ لبنان ــ المجلد الثاني.

الزمخشري : الإمام الكبير جاد الله أبى القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفي سنة ٥٣٨هــ .

- أساس البلاغة ـ تحقيق أ / عبد الرحيم محمود ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ـ بدون تاريخ.

الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرزو أبادي المتوفي سنة ٨١٧هـ .

-القاموس المحيط ـ طبع ونشر مؤسسة الحلبي وشركاه للطبع والنشر بدون تاريخ ـ المجلد الأول.

الفيومي: العالم العلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومي المتوفي سنة ٧٧٠هـ.

- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعي تصحيح مصطفى السقا ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده المطبعة الأميرية الطبعة السادسة سنة ١٩٢٥م.

مجمع اللغة العربية الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر.

- معجم ألفاظ القرآن الكريم ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٠.

- المعجم الوسيط ـ أخرج الطبعة د/ إبراهيم أنيس ، د/ عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي ، محمد خلف الله أحمد ، أشرف على الطبع حسن على عطية ـ محمد شوقي أمين ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ سنة ١٩٧٢م مطابع دار المعارف بمصر.

خامساً: مراجع الفقه :

الفقه الحنفي :

ابن الهمام : الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفي سنة ٨٦١ هـ.

- شرح فتح القدير ـ المطبعة الأميرية الكبرى ـ سنة ١٣١٥هـ.

ابن عابدين : محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفي سنة ١٢٥٢هـ.

- حاشية رد المحتار على الدر المختار ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية سنة ١٦٦٦م

ابن قاضي سماوه: الإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي المتوفي سنة ٨٢٣هـ.

- جامع الفصوليين ـ فصول العمادي وفصول الأستروش ـ المطبعة الزهرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٠٥هـ.

ابن مودود الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي توفي سنة ٦٨٣هـ .

- الاختيار لتعليل المختار ـ دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت ـ لبنان ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥م.

ابن نجيم : الشيخ زين الدين ابن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي المتوفي سنة ٩٧٠هـ.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ المطبعة العلمية ـ الطبعة الأولى بدون تاريخ.

البابرتي : الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفي سنة ٧٦٨هـ

- شرح العناية على الهداية ـ مطبوع مع شرح فتح القدير ـ المطبعة الكبرى الأميرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ.

الزيلعي : فخر الدين عثمان على الزيلعي المتوفي سنة ٧٤٢هـ.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ المطبعة الكبرى الأميرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ.

السرخسي : شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٨٣ هـ.
- المبسوط ـ مطبعة السعادة ـ الطبعة الأولى بدون تاريخ.

الطرابلسي: علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي .
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م.

الكاساني : الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفي ٥٨٧هـ .
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ـ دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦.

المرغيناني : برهان الدين على بن أبى بكر المرغيناني المتوفي سنة ٥٩٣هـ.
- الهداية شرح بداية المبتدى مطبوع مع شرح القدير المطبعة الكبرى الأميرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ.

داماد أفندي : عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان .
- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ـ دار سعادة سنة ١٣٢٧هـ

سعدي جلبي : سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي المتوفي سنة ٩٤٥هـ.
- الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع شرح فتح القدير ـ المطبعة الكبرى الأميرية سنة ١٣١٥ هـ.

قاضيخان: الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوز جندي الفرغاني الحنفي المتوفي سنة ٢٩٥ هـ.

- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ـ المكتبة الإسلامية تركيا ـ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣م.

محمد علاء الدين أفندي: ابن الشيح محمد أمين الشهير بابن عابدين.

- قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ المطبعة الأميرية ببولاق مصر ـ الطبعة الثانية سنة ١٣٢٦ هـ.

محمد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ـ المطبعة الأميرية سنة ١٩٣٨م.

نظام الدين: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند.

- الفتاوى الهندية ـ المكتبة الإسلامية ـ تركيا ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ م.

الفقه المالكي :

ابن جزي : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المتوفي سنة ٧٤١هـ.

- القوانين الفقهية ـ المكتبة الثقافية ـ بيروت ـ بدون تاريخ.

ابن حسين: الشيخ محمد على بن المرحوم الشيخ حسين مفتي المالكية .

- القواعد الثنية ـ تهذيب الفروق والقواعد الثنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق للقرافي ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ـ بدون تاريخ.

ابن رشد : الإمام القاضي أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بـ " ابن رشد الحفيد " المتوفي سنة ٥٩٥هـ .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ــ دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م

ابن عبد الرفيع: الشيخ العلامة قاضي الجماعة بتونس أبى اسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع.

- معين الحكام على القضايا والأحكام ــ دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٨٩ م.

ابن فرحون: القاضي برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني المتوفي سنة ٧٩٩ هـ.

- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٨م.

الآبى : العلامة صالح عبد السميع الآبي الأزهري.

- جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل فى مذهب الإمام مالك ــ دار الفكر ــ بيروت ــ لبنان ــ بدون تاريخ.

الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب المتوفي سنة ٩٥٤ هـ.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهآمشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق المتوفي سنة٧٩٧هـ. مكتبة النجاح ــ طرابلس ــ ليبيا بدون تاريخ.

الخرشي: سيدي أبى عبد الله محمد الخرشي.

- شرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى.المطبعة العامرة الشرفية – الطبعة الأولى سنة١٣١٦هـ

الدردير : الإمام العلامة أحمد الدردير .

- الشرح الصغير ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٨٩م.

الدسوقي: العالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي المتوفي سنة ١٢٣٠هـ.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ــ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الصاوي : الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفي سنة ١٢٤١هـ.

- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٢م.

العدوي: الشيخ على أحمد الصعيدي العدوي المالكي .

- حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة بن أبى زيد القيرواني وبهامشه كفاية الطالب الرباني لعلى أبى الحسن المالكي الشاذلي شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٩٣٨م.
- حاشية العدوي على الخرشي ــ المطبعة العامرة الشرفية بمصر سنة ١٣١٦هـ.

القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفي سنة ٦٨٤هـ.

- الذخيرة ــ تحقيق أ / محمد بو خبزة ــ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ــ سنة ١٩٩٤ م.

النفراوي : الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري المتوفي سنة ١١٢٠ هـ.

- الفواكه الدواني على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي ــ شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥م.

عليش: أبو عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش المتوفي سنة ١٢٩٩هـ.

- فتح العلي المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٨م.

الفقه الشافعي :

ابن حجر الهيتمي: أبو العباس أحمد شهاب بن حجر الهيتمي المتوفي سنة ٩٧٤ هـ.

- فتح الجواد بشرح الإرشاد ــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٤٧هـ.

البجيرمي : سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي توفي سنة ١٢٢١هـ

- حاشية البجيرمي المسماه التجريد لنفع العبيد ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥٠م.

الخطيب : الشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفي سنة ٩٧٧ هـ.

- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٩٥٨م.

الرملي: شمس الدين محمد ابن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفي فى سنة ١٠٠٤هـ.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعي ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة سنة ١٩٦٧م.

السيد البكري: السيد أبى بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري.

- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ــ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثانية سنة١٩٥٦م.

الشافعي: الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة٢٠٤هـ

- الأم مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١.

الشرقاوي: عبد الله بن حجازي الشهير بالشرقاوي المتوفي سنة ١٢٢٦هـ.

- حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ــ دار إحياء الكتب العربية ــ عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الشـــرواني وابـــن قاسم العبادي: حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشـــرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ــ دار إحياء التراث العربي ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ.

الغزالي: الإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥هـــ .

- إحياء علوم الدين ــ مكتبة مصر ــ طبعة جديدة سنة١٩٩٨م.

الماوردي: أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصري البغدادي المـــاوردي المتوفي سنة ٤٥٠هـــ.

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية ــ دار الكتـــب العلميـــة ــ بيروت ــ لبنان ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ.

- الحاوي الكبير فى مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصـــــر المزني ــ دار الكتب العلمية ـــ بـــيروت ــ لبنـــان ــ الطبعـــة الأولى سنة ١٩٩٤م.

النووي: الإمام أبى زكريا محي الدين بن شرف النـــووي المتوفـــي ســـنة ٦٧٦هـــ.

- المجموع شرح المهذب ــ تحقيق محمد نجيب المطيعي مكتبـــة الإرشاد بجدة سنة ١٩٧٤م.

- روضة الطالبين ــ دار الكتب العلميـــة ــ بـــيروت ــ لبنـــان الطبعة الأولى سنة ١٩٩٢م.

الفقه الحنبلي :

ابن القيم: شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر بن قيم الجوزية المتوفي سنة ٧٥١هـ.

- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، خرج أحاديثه وآياته الشيخ زكريا عميرات. دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥م.

- زاد المعاد فى هدى خير العباد، دار الفكر – طبعة جديدة – بدون تاريخ.

- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق وتصحيح محمد حامد الفقي، دار العدل بالإسكندرية بدون تاريخ.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، راجعه طه عبد الرؤوف مطبوعات مكتبة ومطبعة الحاج عبد السلام بن شقرون سنة ١٩٨٦م.

ابن تيمية : شيخ الإسلام أبى العباس أحمد بن تيمية الحنبلي المتوفي سنة٧٢٨هـ.

– مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية – دار الرحمة للنشر والتوزيع – القاهرة – طبعة حديثة بدون تاريخ.

– الحسبة فى الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية طبع بمطبعة المؤيد سنة ١٣١٨هـ.

ابن قدامة: الإمام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٦٢٠هـ.

– المغني على مختصر الخرقي – دار الغد العربي بدون تاريخ

ابن قدامة المقدسي: الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢هـ.

– الشرح الكبير على متن المقنع – مطبوع مع المغني المشار إليه سابقا.

ابن مفلح: أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي ولد سنة ٨١٦هـ وتوفي سنة ٨٨٤هـ.

- المبدع في شرح المقنع ــ المكتب الإسلامي ــ بيروت سنة١٩٨٠م.

البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المولود سنة ١٠٠٠هـ المتوفي سنة ١٠٥١ هـ بالقاهرة.

- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهي لشرح المنتهى دار الفكر بدون تاريخ.

- الروض المربع بشرح ذاد المستنقع ــ دار الكتب العلمية ببيروت ــ طبعة جديدة ــ بدون تاريخ.

- كشاف القناع عن متن الإقناع ــ مكتبة النصر الجديدة الرياض بدون تاريخ.

الحجاوي المقدسي: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجا الحجاوي المقدسي المتوفي سنة ٩٦٨هـ.

- الإقناع ــ تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي ــ طبع المملكة العربية السعودية ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٩م نشر دار عالم الكتب السعودية.

الظاهرية :

ابن حزم: أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفي سنة ٤٥٦هـ

- المحلي ــ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت ــ طبعة مصححة ومقابلة تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر ــ بدون تاريخ.

الأباضيـــة:

أطفيش : محمد بن يوسف أطفيش .

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشـــاد ــ جـدة ــ السعودية ــ الطبعة الثالثة ــ سنة ١٩٨٥ م.

الشيعة الزيدية :

السياغي الحيمي : شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علـــى بـــن محمد بن سليمان بن صالح السياغي الحيمي الصنعاني المتوفـــي بصنعاء اليمن سنة ١٢٢١ هـ.

- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ــ دار الجيل بيروت بدون تاريخ.

الشوكاني: محمد بن على الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٠ هـ.

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار المجلـــس الأعلـــى للشئون الإسلامية سنة ١٩٧١م.

العنسي: القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني المتوفـــي سنة ١٣٩٠م.

- التاج المذهب لأحكام المذهب ــ مكتبة اليمن الكبرى ــ بـــدون تاريخ.

القنوجي البخاري: الإمام العلامة أبى الطيب صديق بن حسين بن علـــى الحسـيني القنوجي البخاري المتوفي سنة ١٣٠٧هـ.

- الروضة الندية شرح الدرر البهيـــة ــ مكتبـــة دار الـــتراث ــ القاهرة ــ بدون تاريخ.

المرتضي : أحمد بن يحي المرتضي المتوفي سنة ٨٤٠هـ.

-كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ــ مؤسســـة الرسالة ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٧م.

الشيعة الإمامية :

الحلي : ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي المتوفي سنة٦٧٦هـ

- المختصر النافع فى فقه الإمامية ـ دار الكتاب العربي بمصر بدون تاريخ.

- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ـ مطبعة الأداب فى النجف الأشرف ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩م.

الطوسي : أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفي سنة ٤٦٠هـ.

- مسائل هامة من كتاب الخلاف- جامعة طهران سنة ١٣٤٤هـ

العاملي : زين الدين الجبعي العاملي المتوفي سنة ٩٦٥هـ.

- الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية ـ دار العالم الإسلامي ـ ببيروت ـ بدون تاريخ.

الكركي : المحقق الثاني الشيخ على بن الحسين الكركي المتوفي سنة ٩٤٠هـ.

- جمع المقاصد فى شرح القواعد ـ تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث ببيروت ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١ م.

سادساً : مراجع أصول الفقه :

أ ـ القديـــم :

ابن أمير الحاج المتوفي سنة ٨٧٩هـ

التقرير والتحبير ــ المطبعة الكبرى الأميرية ــ الطبعة الأولـــى سنة ١٣١٦هـــ.

ابن العربي: القاضي أبى بكر بن العربي المعافري المالكي الأشعري المتوفـــي سنة ٥٤٣هـــ.

– المحصول فى أصول الفقه ــ دار البيارق ــ الطبعـــة الأولـــى سنة ١٩٩٩م.

ابن تيمية: فصول فى أصول الفقه جمع وترتيب أبى الفضل عبد الســـــلام ــ المكتبة الإسلامية القاهرة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩.

ابن عقيل : أبو الوفاء على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغـــــدادي الحنبلـــي المتوفي سنة ٥١٣هـــ.

– الواضح فى أصول الفقه ــ تحقيق د/ عبد الله بن عبدالمحســـن التركي ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م.

الإمام أحمد بن القاسم العبادي المتوفي سنة ٩٩٤ هـ

– الشرح الكبير على الورقات تحقيق الأستاذ / عبـــــد الله ربيـــع والأستاذ / السيد عبد العزيز ــ مؤسسة قرطبة ــ الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـــ سنة ١٩٩٥م.

الآرموى : سراج الدين محمود بن أبى بكر الأرموي المتوفي سنة ٦٨٢هـــ.

- التحصيل فى المحصول دراسة وتحقيق د/ عبد الحميد علـــــى أبو زبيد، مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م ســـنة ١٤٠٨هـــ

الإسنوي: جمال الدين الإسنوي المتوفي سنة ٧٧٢ هـــ.

– نهاية السول فى شرح منهاج الوصول إلى علـــم الأصـــول ــ مطبوع بهامش التقرير والتحبير السابق الإشارة إليه .

الآمدي: الإحكام فى أصول الأحكام ـ مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ـ القاهرة ١٣٨٧ هـ ـ سنة ١٩٦٧ م.

الباجي: الإمام الحافظ أبى الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المتوفي سنة ٤٧٤ هـ.

- كتاب الحدود فى الأصول ـ تحقيق نزيه حماد ـ دار الآفاق العربية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ ـ سنة ٢٠٠٠م

البخاري: الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ـ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ لبنان ـ طبعة جديدة ـ بدون تاريخ.

البدخشي: محمد بن حسن البدخشي .

- شرح البدخشي المسمى منهاج العقول ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ طبعة حديثة ـ بدون تاريخ ومعه شرح الإسنوي نهاية السول.

الرازي: فخر الدين بن عمر بن الحسين الرازي ولد سنة ٥٤٤ هـ وتوفي سنة ٦٠٦هـ .

- المحصول فى علم أصول الفقه ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م سنة ١٤٠٨ هـ.

الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي ولد سنة ٧٤٥هـ وتوفي سنة ٧٩٤هـ.

- البحر المحيط ـ قام بتحريره الشيخ عبد القادر عبد الله العاني وراجعه د/ عمر سليمان الأشقر ـ من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ م سنة ١٤١٣ هـ الجزء الأول.

السبكي: شيخ الإسلام على بن عبد الكافي السبكي المتوفي سنة ٧٥٦هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي المتوفي سنة ٧٧١هـ .

- الإبهاج فى شرح المنهاج ـ تحقيق وتعليق د. شعبان محمد إسماعيل- مكتبة الكليات الأزهرية -الطبعة الأولى سنة١٩٨١م.

السرخسي: الإمام الفقيه الأصولي النظار أبى بكر محمد بن أحمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٩٠هـ.

- أصول السرخسي ـ تحقيق أبو الوفا الأفغاني ـ دار المعرفة بيروت ـ لبنان سنة ١٩٧٣م.

الشوكاني: محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ .

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول وبهامشه شرح الشيخ أحمد بن قاسم العبادي الشافعي على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي على الورقات فى الأصول لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي المتوفي سنة ٤٧٨هـ الطبعة الأولى ـ مصطفى البابي وأولاده بمصر سنة ١٩٣٧م.

الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥ هـ .

- المنخول من تعليقات الأصول ـ تحقيق وتعليق محمد حسن هيتو.

- المستصفي ـ المطبعة الأميرية بمصر ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٢هـ.

القرافي: الإمام الفقيه شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي المتوفي سنة ٦٨٤هـ .

ـ شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول حققه طه عبد الرؤوف منشورات مكتبة الكليات الأزهرية ـ دار الفكر للطباعة والنشر ـ الطبعة الأولى ذو الحجة سنة ١٣٩٣هـ ديسمبر سنة ١٩٧٣م.

- نفائس الأصول فى شرح المحصول دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ على محمد معوض نزار مصطفى الباز ــ الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ سنة ١٩٩٥.

محمد أمين: محمد أمين المعروف بأمير بادِ شاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري ــ المكي.

- تيسير التحرير على كتاب التحرير فى أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي المتوفي يوم الجمعة السابع من رمضان سنة ٨٦١هـ الجزء الثاني طبع بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر جمادي الآخرة سنة ١٣٥٠هـ.

نظام الدين الأنصاري: عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري .

- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ــ مطبوع مع كتاب المستصفى للغزالي السابق الإشارة إليه .

ب – مراجع أصول الفقه الحديثة :

د/أحمد أحمد محمود الشافعي: _ أصول الفقه الإسلامي ــ دار الهدي للمطبوعات الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ م.

د/ أحمد فراج حسين: – أصول الفقه الإسلامي ــ دار الهدي للمطبوعات سنة ٢٠٠٠م.

د/ السيد حسين يوسف مكي العاملي – قواعد استنباط الأحكام ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢

د/ بدران أبو العنين بدران: - أصول الفقه ــ دار المعارف سنة ١٩٦٩م.

- بيان النصوص التشريعية ــ طرقه وأنواعه ــ منشأة المعارف الإسكندرية سنة ١٩٦٩م.

د/ جلال الدين عبد الرحمن: - غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول الطبعة الثانية سنة ١٩٩٠م.

- الاجتهاد ضوابطه وأحكامه ــ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هــ سنة ١٩٨٦م.

- مذكرة فى أصول الفقه ما يتعلق بالكتاب من دلالات ــ شركة النسر الذهبي للطباعة بالقاهرة بدون تاريخ.

د/ حسين حامد حسان: – الحكم الشرعي عند الأصوليين ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢م .

– أصول الفقه ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧١م.

د/ رمضان على السيد الشرنباصي – أصول الفقه الإسلامي ــ طبعة ٢٠٠٠م.

د/ زكي الدين شعبان – أصول الفقه الإسلامي ــ مطبعة دار التأليف ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٣ – ١٩٦٤ .

د/ شعبان محمود إسماعيل – دراسات حول الإجماع والقياس ــ مكتبة النهضة المصرية ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٣م.

د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه ــ مكتبة القدس ــ مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧م

د/ عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ــ دار القلم سنة ١٩٥٦م.

د/ على جمعة محمد - الحكم الشرعي عند الأصوليين ــ دار الهداية سنة ١٩٩٣م.

د/ على حسب الله - أصول التشريع الإسلامي ــ الطبعة السادسة ــ دار المثقف العربي سنة ١٤٠٢هــ سنة ١٩٨٢م.

د/ على عبد الرازق - الإجماع فى الشريعة الإسلامية ــ دار الفكر العربى سنة ١٩٤٧م.

د/ عمر عبد الله - سلم الوصول إلى علم الأصول ــ مؤسسة المطبوعات الحديثة ــ الطبعة الثانية سنة ١٣٧٩هــ سنة ١٩٥٩م.

د/ فاضل عبد الواحد عبد الرحمن - أصول الفقه ــ دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ــ عمان الطبعة الأولى سنة ١٩١٦م.

د/ محمد إبراهيم الحفناوي - إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام ــ دار النشر للثقافة والعلوم الإسلامية ــ الطبعة الأولى ١٩٩٤م

د/ محمد أبو النور زهير - أصول الفقه ــ المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٤١٢هــ سنة ١٩٩٢م.

د/ محمد حسني عبد الحكيم - الإجمال والبيان وأثرهما فى اختلاف الفقهاء سنة ١٩٨٢م.

د/ محمد أبو زهرة - أصول الفقه ــ دار الفكر العربي سنة ١٩٧٣م.

الشيخ محمد الخضري - أصول الفقه ــ دار الحديث- القاهرةبدون تاريخ.

د/ محمد زكريا البرديس - أصول الفقه ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٩ م.

د/ محمد سلام مدكور — نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء — دار النهضة العربية — الطبعة الثانية ١٩٦٥م.

— أصول الفقه الإسلامي — دار النهضة العربية — الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.

د/ محمد كمال الدين إمام — أصول الفقه الإسلامي — المؤسسة الجامعية للدراسات سنة ١٤١٢هـ سنة ٢٠٠٠م.

د/ محمد مصطفى الرحيلي — أصول الفقه الإسلامي — جامعة دمشق سنة ١٩٨٧م.

د/ محمود محمد الطنطاوي — أصول الفقه الإسلامي — مكتبة وهبة — عابدين القاهرة-الطبعة الثالثة سنة ١٤٢٢هـ، سنة ٢٠٠١م.

د/ وهبة الزحيلي — أصول الفقه الإسلامي — دار الفكر سنة ١٩٨٦م.

سابعاً : مراجع القواعد الفقهية :

أ ـ القديـمة :

ابن اللحام: الإمام العلامة أبى الحسن علاء الدين على بـن عبـاس البعلـي الحنبلي المتوفي سنة ٨٠٣هـ.

- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعيـة ضبط وتحقيق محمد شاهين ــ دار الكتب العلمية ــ بـيروت ــ لبنان ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥.

ابن الوكيل: محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد المرقل أبى عبد الله صـدر الدين المعروف بابن الوكيل المتوفي سنة ٧١٦هـ.

- الأشباه والنظائر ــ تحقيق ودراسة د/ أحمد محمد العنفـري ــ الجزء الأول، د/ عادل الشويخ ــ الجزء الثاني ــ مكتبة الرشـد الرياض ــ الطبعة الثانية سنة١٩٩٧م.

ابن تيمية: شيخ الإسلام ابن تيمية (٦٦١ هـ - ٧٢٨هـ) .

- القواعد النورانية تحقيق محمد حـامد الفقـي ــ دار المعرفـة للطباعة والنشر ببيروت سنة ١٩٧٩م.

ابن خطيب الدهشة ابو الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي المعـروف بابن خطيب الدهشة.

- مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي ــ دراسة وتحقيـق الشيخ مصطفى محمود البنجويني ــ طبع بـالعراق ــ اللجنـة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري.

ابن رجب الحافظ ابن الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفـي سـنة ٧٩٥هـ .

- القواعد الفقهية ــ تقديم طه عبد الرؤوف سعد ــ مكتبة الكليات الأزهرية ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م.

ابن نجيم : الشيخ زين العابدين إبراهيم محمد بن بكر الشهير بابن نجيم اسم بعض أجداده ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ وتوفى سنة ٩٦٠هـ.

– الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان ـ تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ـ مؤسسة الحبي وشركاه للنشر والتوزيع بدون تاريخ.

الإسنوي جمال الدين بن محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي المتوفي سنة ٧٢٢هـ.

- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ـ تحقيق وتعليق محمد حسن هيتو ـ مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠م.

البكري بدر الدين بن أبى بكر بن سليمان البكري الشافعي .

– الاعتناء فى الفرق والاستثناء، كتاب يبحث فى قواعد الفقه وفروعه ـ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية ببيروت ـ لبنان .

الحموي السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي رحمه الله .

– غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ـ دار الكتب العلمية ـ ببيروت ـ لبنان ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.

الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي (٧٤٥هـ – ٧٩٤هـ) .

– المنثور فى القواعد ـ حققه د/ تيسير فائق أحمد محمود راجعه د/ عب الستار أبوغدة ـ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ دولة الكويت.

الزنجاني الإمام ابى المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني المتوفي سنة ٦٥٦هـ.

– تخريج الفروع على الأصول ـ حققه وعلق عليه د/ محمد أديب صالح ـ مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م.

السبكي الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن على بن الكافي السبكي المتوفي سنة ٧٧١هـ.

— – الأشباه والنظائر.

– تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ على محمد معوض–دار الكتب العلمية – بيروت– الطبعة الأولى ١٩٩١م.

السيوطي الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفي سنة ٩١١هـ.

– الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية ـ دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى البابي الحلبي وشركاه بدون تاريخ.

الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفي سنة ٧٩٠هـ

– الموافقات فى أصول الشريعة ـ شرحه وكشف مراميه وخرج أحاديثه فضيلة الشيخ عبد الله دراز ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٦م.

العز بن عبد السلام الإمام المحدث الفقيه سلطان العلماء ابن محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفي سنة ٣٦٠هـ .

– قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ـ تحقيق مراجعة وتعليق/ طه عبد الرؤوف سعد ـ مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٨م.

– القواعد الصغرى ـ الفوائد فى مختصر القواعد ـ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض ـ دار الجيل ـ بيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٩٤م.

القرافي العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاني المشهور بالقرافي سنة ٦٨٤هـ.

– الفروق ، وبهامشه تهذيب الفروع والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية ـ عالم الكتب ـ بيروت ـ طبعة جديدة ـ بدون تاريخ.

ب – الحديثـــة :

الشيخ أحمد الزرقاء – شرح القواعد الفقهية ــ قدم له نجله / مصطفى أحمد الزرقاء، عبد الفتاح أبوغدة، راجعه / عبد الستار أبو غدة ــ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣م.

د/ احمد محمد الحصري – القواعد الكلية للفقه الإسلامي ــ مكتبة الكليات الأزهرية سـنة ١٩٩٣م.

د/سليم رستم باز – شرح المجلة ــ المطبعة الأدبية ــ بيروت ــ الطبعة الثانيـة سنة ١٩٢٣.

د/ عبد العزيز عزام – قواعد الفقه الإسلامي ــ مكتبة الرسـالة الدوليـة للطباعـة والكمبيوتر سنة ١٩٩٩.

د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية ــ دار القلم ــ دمشق ــ الطبعة الرابعة سـنة ١٩٩٨م.

على حيدر – درر الحكام شرح مجلة الأحكام ــ تعريف المحـامي فـهمي الحسيني ــ دار الجيل ــ بيروت ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩١

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

– تحرير المجلة ــ مطبوعات مكتبة النجاح ــ ومكتبة طـهران سنة ١٣٥٩هـ .

محمد أمين سويد الدمشقي متوفي سنة ١٣٣٥

– تسهيل الحصول على قواعد الأصول تحقيق وتعليق د/مصطفى سعيد الخن ــ دار القلم ــ دمشق ــ بدون ذكر تاريخ.

د/محمد بكر إسماعيل – القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ــ دار المنار ١٩٩٦م.

د/ محمود عبد الله العكازي – شرح القواعد الفقهية سنة ١٩٩٨م.

د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين

– القواعد الفقهية ــ مكتبة الرشد ــ الرياض ــ الطبعة الأولـى سنة ١٩٩٨م.

ثامناً: الرسائل العلمية :

ماجستير ودكتوراه :

د/ابتسام بديع السيد القرشي – الإذن وأثره فى المعاملات ـ دراسة فقهية مقارنة جامعة الأزهر ـ كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالقاهرة لنيل درجة الماجستير سنة ١٤٢١هـ سنة ٢٠٠١م.

د/إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم – الإثبات بالشهادة فى الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.

د/أبو السعود محمد عبد اللطيف – انقضاء المعاهدات الدولية فى قانون السلام المعاصر وقانون السلام الإسلامي كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.

د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي – مجلس العقد فى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه ـ دار الجامعة الجديدة للنشر ـ الإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

د/حسن على الشاذلي – نظرية الشرط فى الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون كلية الشريعة والقانون بالقاهرة بدون تاريخ رسالة دكتوراه.

د/داود عبد الرازق داود الباز – حق المشاركة فى الحياة السياسية ـ رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق سنة ١٩٩٢.

أ/ رمزي محمد على دراز – فكرة تنازع القوانين فى الفقه الإسلامي ـ رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية لنيل درجة الماجستير ١٤١٩ هـ ١٩٩٩م

د/سيد محمد مرسي (توانا) الأفغاني – الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه فى هذا العصر ـ رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٧١ نشر دار الكتب الحديثة ـ القاهرة سنة ١٩٧٢م.

د/عاشور عبد الجواد عبد الحميد - مشروعات المشاركة الإسلامية الدولية ــ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٨٨.

د/عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني

- حسن النية وأثره فى التصرفات فى الفقه الإسلامي والقانون المدني ــ دراسة مقارنة رسالة قدمت لجامعة المنوفية كلية الحقوق لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق تخصص الشريعة الإسلامية سنة ١٩٩٧م.

د/عبد القادر محمد قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره فى التصرفات دراسة مقارنة فى القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق جامعة عين شمس كلية الحقوق ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

د/عثمان محمد عثمان - مناهج الأصوليين فى الدلالات وآثارها فى الأحكام الفقهية رسالة دكتوراه شريعة القاهرة ــ بدون تاريخ.

أ/علية عبد الباقي على سلطان - حجية القرينة فى الفقه الإسلامي ــ دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ــ قدمت للحصول على درجة الماجستير فى الشريعة الإسلامية معهد الدراسات الإسلامية التابع لوزارة التعليم العالي بالقاهرة سنة ١٩٩٧م.

د/ على محمد يوسف المحمدي إشراف د/ مرسي السماحي

- أحكام النسب وطرق إثباته ونفيه فى الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه شريعة القاهرة سنة ١٩٨٦م.

د/على محى الدين القرة داغي - مبدأ الرضا فى العقود ــ دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون مع بيان موقفي القانونين المصري والعراقي منه ــ رسالة دكتوراه ــ جامعة الأزهر ــ كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٨٥م.

د/فاطمة محمد سليم العوا – تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية دارسة تطبيقية على عقد التحكيم ـ رسالة دكتوراه ـ كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية سنة ١٩٩٩م.

د/محمد بن قاسم بن عياد – تحقيق الجزء الأول من كتاب معين الحكام على القضايا والأحكام ـ للشيخ العلامة قاضي الجماعة بتونس أبو اسحاق إبراهيم بن حسن بن على بن عبد الرفيع التونسي المالكي المولود بتونس سنة٦٣٩هـ والمتوفي سنة ٧٣٣هـ قدم هذا التحقيق لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه والسياسة الشرعية من الجامعة الزيتونية بتونس سنة ١٩٨٢م.

د/محمد مصطفى شلبي – تعليل الأحكام ـ عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها فى عصور الاجتهاد والتقليد ـ رسالة دكتوراه ـ رسالة نال بها المؤلف شهادة العالمية من درجة أستاذ فى الفقه الإسلامي وعلومه ونوقشت هذه الرسالة ٤ مارس سنة ١٩٤٥ مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧.

محمود مصطفى عبود هرموش – القاعدة الكلية إعمال الكلام خير من إهماله واثرها فى الأصول ـ رسالة قدمت إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام/ محمد بن مسعود الإسلامية لنيل درجة الماجستير ـ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧م.

د/مصطفى سعيد الخن – أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء بحث قدم لنيل شهادة الدكتوراه فى أصول الفقه جامعة الأزهر لسنة ١٩٦٩ ـ مؤسسة الرسالة الطبعة السابعة سنة ١٩٩٨م.

د/مصطفى محمود النجبويني – دراسة وتحقيق كتاب مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي لأبي الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي الأصل المعروف بابن خطيب الدهشة المتوفي سنة ٨٣٤هـ ـ بحث مقدم إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٧٨ .

د/نجاح عثمان أبو العنين إسماعيل – أثر القواعد الفقهية المختلف فيها فى اختلاف الفقهاء دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه – شريعة القاهرة جامعة الأزهر سنة ١٤٢٠هـ.

– المستثنيات فى العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإسلامي – رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة – جامعة الأزهر للحصول على درجة الماجستير فى الفقه العام سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.

د/نوال محمد الشاكر – التفريق بين الزوجين للعيوب – دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية – رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية – قسم الشريعة الإسلامية ١٤١٢هـ ٢٠٠١م.

د/يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولي الخاص – رسالة قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه سنة ١٩٨٩م.

د/يوسف محمد عبد الغفار عيسي – التدليس فى عقد الزواج والآثار المترتبة عليه فى الفقه الإسلامي – رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة لنيل درجة الماجستير فى الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٧م.

د/ يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه – كلية الشريعة الإسلامية – جامعة الأزهر سنة١٣٩١هـ سنة ١٩٧١م ، قدمت بعنوان الأهداف العامة للشريعة الإسلامية.

د/ عبد الرازق حسن فرج – نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامي دراسة مقارنة – رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق سنة ١٩٦٨ م.

تاسعاً : المراجع العامة :

ابن أبى الدنيا — الحافظ أبى بكر عبد الله بن محمد بن عبيد بن أبى الدنيا.

- الصمت وحفظ اللسان – تحقيق وتعليق / محمد أحمد عاشور ــ الطبعة الثانية ــ دار الاعتصام للطبع والنشر القاهرة سنة ١٩٨٨.

د/ أحمد إبراهيم بك — كتاب المعاملات الشرعية ــ مكتبة النصر سنة ١٩٣٦م.

د/ أحمد أبو الفتح — كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية الطبعة الثانية ــ مطبعة النهضة مصر سنة ١٩٢٢م.

د/ أحمد حسن البرعي — نظرية الالتزام فى القانون المغربي ــ مصادر الالتزام العقد ــ دار الثقافة ــ الدار البيضاء ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨١م.

د/ أحمد حشمت أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري ــ مكتبة وهبة القاهرة سنة ١٩٤٥م.

د/ أحمد سلامة — الوسيط فى الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين ــ دار الفكر العربي ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨م.

د/ أحمد فتحي سرور — الوسيط فى قانون العقوبات ــ القسم الخاص ــ الطبعة الرابعة ــ سنة ١٩٩١م.

د/ أحمد فراج حسين — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ــ مؤسسة الثقافة الجامعية .

- أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية ــ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٧م.

- أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامي سنة ٢٠٠٢م.

د/ أحمد عبد الكريم سلامة — علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً منهجاً مكتبة الجلاء الجديدة ــ المنصورة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.

د/ أحمد فهمي ابو سنة - العرف والعادة فى رأى الفقهاء – مطبعة الأزهر – القاهرة سنة ١٩٤٧م.

د/ أحمد محمود الشافعي - الوصية والوقف فى الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٢م.

د/ أحمد يوسف - عقود المعاوضات المالية فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية – دار الثقافة سنة ١٩٩١م.

د/ إدوارد غالي الدهبي - شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – مكتبة غريب – الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦م.

د/ إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام والعقد والإرادة المنفردة والفعل الضار – مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٨٦م.

د/ أنور سلطان - الموجز فى مصادر الالتزام – منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٠م.

د/ أنور طلبة - طرق وأدلة الإثبات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية – دار الفكر العربي سنة ١٩٨٧م.

د/ بدران أبو العنين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون – الجزء الأول الزواج والطلاق دار النهضة العربية – بيروت سنة ١٩٦٧م.

د/ توفيق حسن فرج - قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية سنة ١٩٨٢م.

- أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – دار الهدي للمطبوعات – الإسكندرية سنة ١٩٩٥م.

د/ ثروت أنيس الأسيوطي - مبادئ القانون – دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٩٧٤م .

- أصول أحكام الالتزام والإثبات منشأة المعارف سنة ١٩٩٦م.

- أصول الالتزامات ـــ مصادر الالتزام ـــ منشأة المعـــارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م.

د/ جلال ثروت - نظرية القسم الخاص ـــ الجزء الأول ـــ جرائم الاعتـــداء على الأشخاص ـــ مكتبة مكاوي سنة ١٩٧٩م.

د/ جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالـــتزام ـــ الكتـــاب الأول ـــ مصـــادر الالتزام ـــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م.

د/ حامد سلطان - أحكام القانون الدولي فـــى الشـــريعة الإســـلامية ـــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٠.

د/ حسام الدين كامل الأهواني - أصول القانون ـــ مطبعة أبناء وهبة حسان ـــ القاهرة سنة ١٩٨٨م.

د/ حسن كيره - أصول القانون ـــ دار المعارف بمصر ـــ الطبعة الثانيـــة سنة ١٩٥٨م.

د/ حسنين محمود حسنين - العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعـــي دراسة مقارنة ـــ دار العلم ـــ الإمارات ـــ دبي ـــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.

د/ حسين توفيق رضا - الأحوال الشخصية للمصرييـــن غـــير المســـلمين ـــ دار النهضة العربية سنة ١٩٦٨م.

د/ رمضان أبو السعود - الموجز فى شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٠م.

د/ رمضان على السيد الشرنباصي - حماية المستهلك فى الفقه الإسلامي دراســـة مقارنـــة ـــ مطبعة الأمانة ـــ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ.

- السكوت ودلالته على الأحكـــام الشـــرعية ـــ دار الفكـــر العربي سنة ١٩٨٤م.

- أحكام عقد الزواج ـــ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .

- أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية.

د/ سليمان مرقس
- أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصري مقارناً بالتقنينات سائر البلاد العربية – الجزء الثاني – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦م.
- الوافي فى شرح القانون المدني فى الالتزامات – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧م.

د/ سمير عالية
- علم القانون والفقه الإسلامي – نظرية القانون والمعاملات الشرعية – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م.

د/ سمير السيد تناغو
- مصادر الالتزام والإثبات سنة ١٩٩٠م.
- عقد البيع – منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ.

د/ صبحي محمصاني
- النظرية العامة للموجبات فى العقود والشريعة الإسلامية – الجزء الثاني – الإسكندرية – مكتبة جامعة فاروق الأول سنة ١٩٤٨م.
- فلسفة التشريع فى الإسلام – دار العلم للملايين – بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٩٦١م.

د/ عباس شومان
- سلسلة الدراسات الفقهية – مصادر التشريع الإسلامي – الدار الثقافية للنشر – الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م.

د/ عبد الحميد محمود البعلي
- ضوابط العقود – دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامي وموازنه بالقانون الوضعي وفقهه مكتبة وهبة – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩م.

د/ عبد الحي حجازي
- النظرية العامة للالتزام – الجزء الثاني – مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤م.

د/ عبد الرازق حسن فرج
- دور السكوت فى التصرفات القانونية – دراسة مقارنة – مطبعة المدني بالقاهرة سنة ١٩٨٠م.

- الإبراء فى الالتزام ـ دراسة مقارنة ـ دار الاتحاد العربي للطباعة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.
- المدخل إلى دراسة القانون ـ نظرية القانون ـ مطبعة الفجر الجديدة ـ القاهرة سنة ١٩٨٣.

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان سنة ١٩٥٢م.
- شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزام ـ نظرية العقد ـ المجمع العلمي العربي الإسلامي ـ منشورات محمد الداية ـ بيروت ـ لبنان .
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بالفقه العربي- المقدمة صيغة العقد ـ معهد البحوث والدراسات العربية ـ جامعة الدول العربية ـ طبع ١٩٦٧م.

د/ عبد الرحمن عياد - أساس الالتزام العقدي ـ النظرية والتطبيقات ـ المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر سنة ١٩٧٢.

عبد الرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ الطبعة الخامسة بدون تاريخ.

د/ عبد العزيز عامر - التعزيز فى الشريعة الإسلامية ـ دار الفكر العربى سنة١٩٦٩.

د/ عبد الغنى عبد الخالق - حجية السنة ـ المعهد العالى للفكر الإسلامى ـ دار القرآن الكريم ـ بيروت ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦.

د/ عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ـ الإسكندرية سنة ١٩٨٤م.

د/ عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ـ دار التراث للطبع والنشر ـ بدون تاريخ.

/ عبد الكريم زيدان - أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام ــ مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ سنة ١٩٨٨م.

- نظرات فى الشريعة الإسلامية ــ مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م.

د/ عبد المجيد الحكيم - الوسيط فى نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربى وما يقابلها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى العراقى ــ الجزء الأول فى انعقاد العقد ــ شركة الطبع والنشر الأهلية ــ بغداد سنة ١٩٦٧م.

د/ عبد المنعم البدراوى - المدخل إلى العلوم القانونية ــ النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٦٦م.

- النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ــ الجزء الأول ــ مصادر الالتزام ــ مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ١٩٧٧م.

د/ عبد المنعم فرج الصدة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية ــ الجزء الأول ــ نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية ــ معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٠م.

- نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ مطبعة دار النهضة العربية ــ مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠م.

د/ عبد الناصر توفيق العطار - مبادئ القانون ــ دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٩٦٩

- نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية ــ الكتاب الأول فى مصادر الالتزام ــ مطبعة السعادة سنة ١٩٧٥م.

د/ عبد الودود السريتى - الشهادة فى الشريعة الإسلامية ــ شروط الشاهد ــ بحث مقارن ــ المكتب العربى للطباعة سنة ١٩٨٥م.

- الوصايا والأوقاف والمواريث فى الشريعة الإسلامية ــ المكتب العربى للطباعة سنة ١٩٩٠م.

- المدخل لدراسة بعض النظريات فى الفقه الإسلامى دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م.

د/ عبد الودود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ــ المصادر ــ الأحكام ــ الإثبات ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤م.

د/ عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ــ دار القلم ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٢م.

د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص ــ الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ــ الهيئة العامة المصرية للكتاب ــ الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦.

د/ على أبو المجد - أحكام النقد على مواد القانون المدنى من ربع قرن من المادة الأولى (٤١٧) إلى المادة التاسعة ــ مطبعة لجنة البيان العربى بلاظوغلى ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٥م.

د/ على أحمد مرعى - بحوث فى البيع ــ دراسة فقهية مقارنة ــ الجزء الأول ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.

د/ الشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية ــ دار الفكر العربى ــ بدون تاريخ.

عمر السيد أحمد عبد الله - إبرام العقد فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى ــ دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥.

د/ عمر السيد مؤمن - التغرير والغبن كعيبين فى الرضا فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى ــ دراسة مقارنة بالقانون المدنى

المصرى والفقه الإسلامى ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧م.

د/ عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ـ دار المعارف بمصر ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨م.

د/ عوض محمد عوض - المبادئ العامة فى قانون الإجراءات الجنائية دار المطبوعات الجامعية ـ الإسكندرية سنة ١٩٩٩م.

د/ عيسوى أحمد عيسوى - الفقه الإسلامى ـ المدخل ونظرية العقد ـ مطبعة دار التأليف ـ الطبعة الثانية ـ بدون تاريخ.

د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله - العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فى القانونين المصرى والإنجليزى المقارن سنة ١٩٧٩م.

د/ فتوح عبد الله الشاذلى - شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص الكتاب الأول ـ الجرائم المضرة بالمصلحة العامة سنة ١٩٩٩م

د/ كمال جودة أبو المعاطى - توثيق الدين بالكتابة والشهادة ـ دار الهدى للطباعة ـ السيدة زينب سنة ١٩٨٨م.

د/ محسن البيه - مشكلتان متعلقتان بالقبول ـ السكوت والإذعان ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥م.

د/ محسن خليل - مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإدارى ـ الإسكندرية ـ مطبعة التونى سنة ١٩٩٣م.

الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ دار الفكر بدون تاريخ.

- الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ـ العقوبة ـ دار الفكر ـ بدون تاريخ.

د/محمدأحمد إسماعيل المقدم - حرمة أهل العلم ـ دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع ـ الطبعة الأولى ـ الإسكندرية سنة ١٩٩٨م.

د/ محمد أحمد سراج - نظرية العقد فى الفقه الإسلامى ـ دراسة فقهية مقارنة سعد سمك للنسخ والطباعة حدائق القبة.

- أحكام الوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامى والقانون ـ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨م.

- الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ـ أحكام الزواج فى الفقه والقضاء ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ القاهرة.

د/ محمد الدسوقى - الاجتهاد والتقليد فى الشريعة الإسلامية ـ دار الثقافة ـ قطر ـ الدوحة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧م.

د/محمد جمال عثمان جبريل - السكوت فى القانون الإدارى فى التصرفات الإدارية الفردية ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٩٦.

د/ محمد رأفت عثمان - القضايا الثلاث ـ تغيير المنكر بالقوة ـ الخروج على الحاكم ـ تكفير الدولة ـ دار الفضيلة دبى ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩م.

- القضايا فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٩٢م بدون بيان دار النشر.

د/ محمد ذكى عبد البر - الحكم الشرعى والقاعدة القانونية ـ دار القلم ـ الطبعة الأولى ستة ١٩٨٢م.

د/ محمد سلام مدكور - الوجيز للمدخل للفقه الإسلامى ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨م.

د/ محمد سليم العوا - فى أصول النظام الجنائى الإسلامى ـ دار المعارف ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣م.

د/ محمد صبرى السعدى - تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية ـ النظرية العامة وتطبيقاتها فى الفقهين الوضعى والإسلامى ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩م.

د/ محمد طلعت الغنيمى - قانون السلام فى الإسلام ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية سنة ١٩٨٩.

د/ محمد عبد الجواد محمد - بحوث من الشريعة الإسلامية والقانون ــ دار الفكر العربى سنة ١٩٧٣م.

د/محمد عبد الرحمن البكرى - السلطة القضائية وشخصية القاضى ــ الزهراء للإعلام العربى ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.

د/ محمد على عمران
د/ حسين النورى - مبادئ العلوم القانونية ــ الحق ــ مصادر الالتزام ــ مكتبة عين شمس ــ القاهرة ــ دار وهدان للطباعة والنشر ــ بدون تاريخ.

د/ محمد كامل مرسى بك،د. سيد مصطفى بك - أصول القوانين ــ المطبعة الرحمانية بمصر سنة ١٩٢٣

د/ محمد كمال مرسي بك ــ شرح القانون المدنى الجديد ــ الباب التمهيدى ــ المطبعة العالمية بمصر سنة ١٩٥٤.

د/ محمد كمال الدين إمام - مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى ــ مدخل منهجى ــ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.

د/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزام ــ دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م.

الشيخ/محمد مصطفى المراغى - الاجتهاد فى الإسلام ــ سلسلة الثقافة الإسلامية ــ المكتب الفنى للنشر سنة ١٣٧٩ هــ ، ١٩٥٩م.

د/ محمد مصطفى شلبى - نظام المعاملات فى الفقه الإسلامى ــ مطبعة اتحاد الجامعات سنة ١٩٥٥م.

د/ محمد ناجى ياقوت - الأحوال الشخصية لغير المسلمين ــ مكتبة الجلاء الجديدة ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٤م.

د/ محمد يوسف موسى - الأموال ــ نظرية العقد فى الفقه الإسلامى مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ــ دراسة مقارنة ــ دار الفكر العربى سنة ١٩٨٧م.

الشيخ / محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة ــ من مطبوعات الإدارة العامة للثقافة الإسلامية – الأزهر – ربيع الآخر سنة ١٢٧٩هـ ، ١٩٥٩م.

د/ محمود عبد الرحيم الديب - الوجيز فى مصادر الالتزام ــ الجزء الأول سنة ١٩٩٨م.

د/ مختار القاضى - أصول القانون ــ دار النهضة العربية ــ الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٧م.

د/ مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ــ مطابع ألف باء ــ الأديب ــ دمشق ــ الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٨.

د/ مصطفى الجمال - الأحوال الشخصية لغير المسلمين ــ منشورات الحلبى الحقوقية ــ طبعة جديدة.

- القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ــ مصادر الالتزام ــ شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربى والمستمدة من الفقه الإسلامى ــ الطبعة الأولى ، الفتح للطباعة والنشر سنة ١٩٩٦م.

- السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن ــ منشورات الحلبى الحقوقية ــ الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م.

د/ مناع القطان - التشريع والفقه الإسلامى ــ تاريخاً ومنهجاً ــ مكتبة وهبة ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦م.

د/ منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين ــ دار المعارف بمصر سنة ١٩٥٧م.

د/ نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الأول ــ مصادر الالتزام ــ منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

د/ نبيل إبراهيم سعد — اصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ـ دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ٢٠٠١م.

د/ همام محمود زهران
- المبادئ الأساسية فى القانون ـ نظرية القانون ـ نظرية الحق ـ نظرية الالتزام ـ دار المعرفة الجامعية ـ الإسكندرية ـ طبعة حديثة.

د/ نبيل إسماعيل عمر
- الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ دار الجامعة الجديدة للنشر ـ الإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

د/ نبيلة إسماعيل رسلان
- المدخل إلى العلوم القانونية سنة ٢٠٠١م.

د/ وحيد الدين سوار
- التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ـ دراسة مقارنة بالفقه الغربى ـ الطبعة الأولى ـ مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٦٠م سنة ١٣٧٩هـ.

د/ وهبة الزحيلى
- العلاقات الدولية فى الإسلام مقارنة بالقانون الدولى الحديث ـ مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨١.
- الفقه الإسلامى وأدلته ـ دار الفكر ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥م.
- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعى بدون بيانات.
- العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات ـ كلية الدعوة الإسلامية ـ بدون تاريخ.

د/لاشين محمد يونس الغياتى
- الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بين النظرية والتطبيق ـ دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى مكتبة جامعة طنطا ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦م.

د/ يوسف قاسم
- نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ـ دار النهضة العربية ـ مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٨١م.

عاشراً : بحوث ومقالات:

د/ ثروت فتحى إسماعيل - صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ــ بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة ــ السنة الثانية والعشرون العدد الثانى ، إبريل ــ يونيو سنة ١٩٧٨م.

د/ حامد ذكى - التقادم فى القانون ومضى المدة المانع من سماع الدعوى فى الشريعة. بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة السنة الرابعة العدد الأولى يناير سنة ١٩٣٤م.

د/ عبد الهادى العطافى - صور من طرق التعبير عن الإرادة فى القانون الإنجليزى والتقنين المدنى السودانى ــ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ــ العدد الأولى سنة ١٩٧٤م.

عبد الوهاب خلاف - تفسير النصوص القانونية وتأويلها ــ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ــ مطبعة جامعة فؤاد الأول ــ العدد الثانى ــ يونيو سنة ١٩٤٨م.

د/ عزيز خانكى - الوقف والحكر والتقادم شرعاً وقانوناً ــ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ــ العدد السابع ــ السنة السادسة ــ ديسمبر سنة ١٩٣٧م.

مستشار/على ذكى العرابى - طبيعة التقادم فى الشريعة والقانون ــ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة العدد الأول يناير سنة ١٩٣٣م.

د/ محمد رأفت عثمان - التعسف فى استعمال الحقوق فى الشريعة الإسلامية والقانون ــ بحث منشور بمجلة كلية الشرعية والقانون ــ إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الأول سنة ١٩٨٢م.

د/ محمد على عمران - وقف التقادم وانقطاعه (التقادم المسقط) بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ مطبعة جامعة عين

شمس ــ السنة الرابعة عشر ــ العدد الثانى يوليو سنة ١٩٧٢م.

د/ مفيد محمود شهاب - الآثار القانونية للسكوت فى القانون الدولى العام ــ بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى ــ المجلد (٩) سنة ١٩٧٣م.

د/نزيه محمد الصادق المهدى - محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام ــ بحث منشور ــ بمجلة القانون والاقتصاد ــ العددان الأول والثانى سنة ١٩٧٩م.

د/ لاشين محمد يونس الغياتى - خيار الرؤية وأثره على العقد بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ــ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون إصدار كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الثانى يونيه سنة ١٩٨٦م.

حادى عشر : التشريعات ومجموعات المحاكم:

- دستور جمهورية مصر العربية الدائم والصادر فى ١٩٧١/٩/١١م. والمعدل بقرار مجلس الشعب الصادر بجلسة ١٩٨٠/٤/٣٠م ــ طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦م.

- قانون رقم (٧٣) لسنة ٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية ــ طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.

- قانون العقوبات المصرى وفقاً لآخر تعديل ــ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ــ الطبعة الخامسة سنة ١٩٩٠.

- القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ٤٨.

- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الثانى ــ الالتزامات ــ مصادر الالتزام ــ مطبعة دار الكتاب العربى.

- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الذى بدأ العمل به ابتداء من مارس سنة ١٩٨٦.

- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ـ محكمة النقض المصرية ـ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالقاهرة ـ الجزء الأول من يناير إلى يونيو ١٩٧٨م، ومن أكتوبر إلى ديسمبر سنة ١٩٧٨.

- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية الجزء الرابع مطبعة مصر سنة ١٩٤٨.



فهرس

الموضـــــوع	الصفحة
- المقدمة..	٧
- الفصل التمهيدي : التكييف الفقهي لقاعدة : " لاينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان" .	١٢
المبحث الأول : تعريف القاعدة الأصولية والفقهية	١٥
أولا: القاعدة فى اللغة.........................	١٥
ثانيا: القاعدة فى الاصطلاح......................	١٦
المبحث الثاني: مقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.......	٢٨
- تحديد طبيعة القاعدة محل الدراسة..............	٣٢
المبحث الثالث: مدى حجية القواعد الفقهية..........	٣٥
الباب الأول : التعريف بالسكوت والتمييز بينه وبين ما يشتبه به......	٣٩
الفصل الأول: تعريف السكوت وبيان عناصره وأنواعه وتحديد نطاقه	٤٠
المبحث الأول : تعريف السكوت لغة واصطلاحاً..................	
أولا: التعريف اللغوى للسكوت......................	٤٢
ثانيا: المعني الاصطلاحي للسكوت...............	٤٥
١ - تعريف السكوت بالمعني العام...........	٤٦
٢ - تعريف السكوت بالمعنى الخاص........	٤٧
ثالثا: التعليق على تعريفات الفقهاء للسكوت وبيـــان التعريف المناسب له..................	٥١
المبحث الثاني: اطلاقات السكوت فى القرآن الكريم والسنة النبوية..	٥٨
المبحث الثالث: عناصر السكوت...........................	٦٩

الموضـــــوع	الصفحة
المبحث الرابع: أنواع السكوت وتحديد نطاقه..................	٧٢
المطلب الأول : أنواع السكوت.........................	٧٢
النوع الأول:السكوت الصادر من المكلف المخاطب بالحكم	٧٢
النوع الثاني:السكوت التشريعي........................	٧٣
أولا: السكوت المطلق..................................	٧٤
ثانيا: السكوت الذى تفهم دلالته بطريق مـــن طـــرق دلالة اللفظ على المعني.........................	٧٨
ثالثا: السكوت عن بيان أحكام بعض المسائل الفرعية التفصيلية..	٨٢
رابعا: السكوت من القرآن الكريم عن النـــص علـــى أحكام بعض المسائل	٨٥
خامسا: السكوت والسنة النبوية.........................	٨٨
سادسا:السكوت من بعض المجتهدين فـــى حـــالات الإجماع السكوتي............................	٩٢
المطلب الثاني: تحديد نطاق السكوت.......................	٩٥
الفصل الثاني: التمييز بين السكوت وما يشتبه به................	٩٨
المبحث الأول : السكوت والتعبير الصريح عن الإرادة............	١٠١
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بطريق اللفظ.............	١٠٢
المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالكتابة...................	١٠٧
المطلب الثالث: التعبير بالإشارة..........................	١١٣
– نطاق الاعتداد بالإشارة............................	١٢٠
– موقف القانون الوضعي من هذه الوسائل..........	١٢١

الموضـــــوع	الصفحة
المطلب الرابع: أوجه الشبه والخلاف بين السكوت والتعبيـر بغير اللفظ	١٢٤
المبحث الثاني: السكوت والمعاطاة........................	١٢٦
المطلب الأول : المقصود بالمعاطاة وموقـف الفقـهاء مـن الاعتداد بها.................	١٢٧
أولا: تعريف المعاطاة....................	١٢٧
ثانيا: موقف الفقهاء من الاعتداد بالمعاطاة..........	١٣٠
المطلب الثاني: الفرق بين التعبير بالمعاطاة والتعبير بالسكوت	١٤١
المطلب الثالث: التكييف الفقهي للتعبير بالمعاطاة............	١٤٣
المبحث الثالث: السكوت والتعبير بالدلالة..................	١٤٦
المطلب الأول: المقصود بالتعبير بطريق الدلالة...........	١٤٧
الفرع الأول: المقصود بالدلالة.....................	١٤٨
الفرع الثاني: بعض الصور التطبيقية للتعبير بالدلالة........	١٥٢
المطلب الثاني: نطاق اعتبار الدلالة...................	١٥٩
المطلب الثالث: الفرق بين التعبير بطريق الدلالــة والتعبــير بالسكوت..................	١٦٢
المطلب الرابع: أساس اعتماد التعبير دلالة................	١٦٦
السكوت والإذعان......................	١٧٨
الباب الثاني: حكم السكوت.........................	١٨٠
الفصل الأول: حكم السكوت بمعنى وصفه الشرعي................	١٨٣
المبحث الأول : الأصل في السكوت.....................	١٨٦
المبحث الثاني: السكوت المندوب.........................	١٩٠

الموضـــــوع	الصفحة
المبحث الثالث: السكوت المكروه..............................	١٩٦
المبحث الرابع : السكوت المحرم..............................	٢٠٣
أولا: السكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر......	٢٠٣
ثانيا: السكوت عن الشهادة..............................	٢١٥
- كتمان العلم..............................	٢٢٠
ثالثا: السكوت الذى يعد تدليساً..............................	٢٢٢
- كتمان المرأة لما فى رحمها..............................	٢٣٣
- بعض صور السكوت والامتناع المحظور قانوناً.......	٢٣٤
المبحث الخامس: السكوت الواجب..............................	٢٣٨
الفصل الثاني: حكم السكوت بمعني الأثر المترتب عليه	٢٤٨
المبحث الأول : الأصل فى دلالة السكوت..............................	٢٥٠
المطلب الأول: معني لا ينسب إلى ساكت قول ودليله الشرعي...	٢٥١
الفرع الأول: المقصود بقول الفقهاء لا ينسب إلى ساكت قول	
أولا: المراد بالساكت..............................	٢٥١
ثانيا: السكوت المقصود من هذا الشق من القاعدة....	٢٥٢
الفرع الثاني: دليل هذا القول..............................	٢٥٤
المطلب الثاني: الأثر الفقهي المترتب على هذا القول وبعض التطبيقات عليه	٢٥٩
الفرع الأول: الأثر الفقهي..............................	٢٥٩
الفرع الثاني: بعض التطبيقات العملية علـــى الأصـــل فـــى دلالـــة السكوت..............................	
المسألة الأولى: السكوت عند بيع الفضولي....................	٢٦٤

الموضـــــوع	الصفحة
المسألة الثانية: سكوت الثيب عند استئذانها فى النكاح......	٢٨٠
المسألة الثالثة: سكوت زوجة العنين......................	٢٩٢
تعقيب ببيان موقف القانون الوضعي من الأصل فى دلالة السكوت.	٣٠٩
المبحث الثاني: الاستثناء على الأصل فى دلالة السكوت............	٣١١
المطلب الأول: المعني العام لقول الفقهاء: ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان.....	٣١٢
المطلب الثاني: الأثر الفقهي المترتب على قول الفقـــهاء: ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان	
الفـــرع الأول: مضمـــون هـــذا الأثـــر ودليلـــه ومعياره........................	٣٢١
الفرع الثاني: مدى عد السكوت دليلاً على الرضا المكون للعقد	
أولا: السكوت ومدى صلاحيته للتعبير عن الإيجاب..	٣٢٧
ثانيا: السكوت ومدى دلالته على القبول............	٣٣٣
المطلب الثالث: حالات السكوت المعبر عن الإرادة.........	٣٤٣
الفرع الأول: مسائل تحددت فيها دلالة الســكوت بنـــاء على نص أو عرف.................	٣٤٤
الفرع الثاني: مسائل تحددت فيها دلالة السكوت بنـــاء على قرينة...........................	٣٥٠
الخاتمة..	٣٦٠
قائمة بأهم مراجع البحث..................................	٣٦٥
فهرس الرسالة..	٤١٣



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com